

الفصل التاسع في شرط البراءة عن العيوب

وفيه خمس مسائل

إحداها: إذا باع من إنسان مالا وشرط أن لا يرد عليه إذا وجد به عيباً فالعقد باطل ، لأنه (*)^(١) شرط (عليه حجراً) ^(٢) فيما يقتضيه إطلاق العقد ، فصار كما لو شرط أن لا يبيعه ولا يتصرف فيه^(٣).
الثانية^(٤): باعه بشرط البراءة عن العيوب مطلقاً (فالمذهب) ^(٥) أن العقد صحيح^(٦) لقضيه (ابن) ^(٧) عمر وسنذكرها^(٨) ، وأيضاً

(١) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل "حجر" والصحيح حذف ذلك كما في ب حتى يستقيم السياق.

(٢) ما بين القوسين في ب "حجراً عليه".

(٣) وبهذا جزم المصنف. والصحيح - كما قال الرافعي والنووي والسبكي - أن المسألة فيها أربع طرق. وسيأتى ذكرها تفصيلاً في المسألة الثانية.

قال الرافعي بعد أن ذكر الأربع طرق فيما إذا باع بشرط أنه برئ من كل عيب بالمبيع: "ولو قال: يعتك بشرط ألا ترد بالعيب جرى فيه هذا الاختلاف ، وزعم صاحب التتمة أنه فاحس قطعاً مفسد للبيع "فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، وانظر أيضاً: روضة الطالبين ٤٧١/٣ ، تكملة المجموع ٦٢٨/١١ وجاء فيه أن القائل في الأصل ببطلان العقد قطعاً فيما لو شرط عدم الرد عليه إذا وجد به عيباً هو القاضي حسين ، ثم تبعه المصنف في ذلك.

(٤) أي المسألة الثانية.

(٥) ما بين القوسين في ب "المذهب".

(٦) وعبر عنه الرافعي بالأظهر ، والنووي بالأصح. وقال السبكي: وهو الأظهر عند القاضي حسين والإمام والروياتي وابن داود ، وهو قول ابن سريج على ما حكاه الماوردي ، وهو من كلام الشيخ أبي حامد أنه ظاهر المذهب ، وقال في العدة: إنه ظاهر قول الشافعي. انظر: الحاوي ٢٧٤/٥ ، فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ ، تكملة المجموع ٦٢٤/١١ ، روض الطالب ٦٣/٢ وفيه الجزم بذلك.

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "بن".

(٨) وهي ما روى أن عبدالله بن عمر باع غلاماً بثمانمائة درهم بيع البراءة ، فقال الذي ابتاعه لعبدالله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه ، فاختصما إلى عثمان بن عفان ، فقال الرجل: باعني غلاماً وبه داء لم يسمه ، فقال عبدالله بن عمر: بعته بالبراءة ، فقضى عثمان على عبدالله بن عمر باليمين أن يحلف له لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه ، فأبى عبدالله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد ، فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة .
الأثر أخرجه مالك في الموطأ ٦١٣/٢ رقم ١٢٧٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٣٢٨/٥ ، وابن أبي شيبة في المصنف ٣٣٨/٤ ، وعبد الرزاق في المصنف ١٦٣/٨ والزيلعي في نصب الراية ١٠١/٤ .

ووجه الدلالة من هذا الأثر: أن عثمان رضي الله عنه قد حكم بصحة البيع وقد =

(فإن مبنى) ^(١) عقد البيع على اللزوم ، وإذا شرط البراءة فقد قصد الامتناع من التزام سبب يقضى إلى رفع العقد ، فكان الشرط موافقا لموضوع العقد ^(٢) وفيه قول آخر ^(٣) : أن البيع فاسد على مقتضى قولنا إن الشرط فاسد ^(٤) أما الشرط ^(٥) ما حكمه ؟

= اشتهر ذلك بين الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكروه. انظر: المهذب ٣٨٢/١ ، البيان ص ٣٤١ ، فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، تكملة المجموع ٦٢٤/١١ ، أسنى المطالب ٦٣/٢ قال السبكي: ولكن هذا الاستدلال فيه نظر ، لأن الشافعي استدل لصحة الشرط بأثر عثمان فكيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط. ثم قال: "واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم باليمين أنه ما علم. نص منه في أن البيع صحيح" تكملة المجموع ٦٢٤/١١.

(١) ما بين القوسين في ب" فإنه متى "

(٢) انظر: الحاوى ٢٧٤/٥ وجاء فيه " لأن الشرط من توابع المبيع فلم يقدح في صحة البيع " ، فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، تكملة المجموع ٦٢٥/١١ ، أسنى المطالب ٦٣/٢. هذا ، وإن صح الشرط فذلك في العيوب الموجودة عند العقد ، أما الحادثة بعده وقبل القبض فيجوز الرد بها. انظر: فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، روضة الطائين ٤٧١/٣ ، تكملة المجموع ٦٢٥/١١ ، المخطوط ورقة ٧٠/ب ، الحاوى ٢٧٤/٥.

(٣) وهو اختيار الشيخ أبى حامد. انظر: البيان ص ٣٤١ ، وقال الماوردي: إنه قول جمهور أصحابنا. الحاوى ٢٧٤/٥ ، وقال السبكي: وقال الرويانى وغيره من الأصحاب: إنه القياس ، وهو اختيار ابن أبى عصبون ، ومال إليه الغزالي ، وفي المجرى من تعليق أبى حامد أن الأول ليس بشيء. تكملة المجموع ٦٢٥/١١.

(٤) لأنه شرط فاسد قارن عقد البيع فأبطله كسائر الشروط الفاسدة ، ولأنه يختلف ما يقتضيه العقد من الرد بالعيب ، ولأنه يفضى إلى جهالة الثمن ، لأنه يقتضى جزءاً من الثمن تركه البائع لأجل الشرط ، فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول ، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً ، فيصير الثمن مجهولاً ، والجهل بالثمن يفسد العقد. انظر: المهذب ٣٨٢/١ ، الحاوى ٢٧٤/٥ ، البيان ص ٣٤١ ، فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، تكملة المجموع ٦٢٥/١١.

(٥) وقد قسم الماوردي البيع بشرط البراءة إلى ثلاثة أضرب.

الضرب الأول: أن يبرأ من عيوب سماها ولم يقف المشتري عليها فهذا على نوعين. الأول: أن تكون العيوب غير لازمة كالسرقة والإباق. والثاني: أن تكون لازمة كالبرص والجذام. فإن كانت غير لازمة صحت البراءة منها بالتسمية لها ، لأنها غير مشاهدة ، فلم يمكن الوقوف عليها واكتفى بالتسمية لها. وإن كانت لازمة فلا تكف التسمية حتى يقف عليها ويشاهدها ، لأن لنقص العيب قسطاً من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه ، فصارت التسمية لها عند عدم مشاهدتها جهلاً بها. الضرب الثاني: أنه يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها. وهذه براءة صحيحة وبيع جائز ، لانتفاء الجهالة عن البراءة ، ولزوم شرط في العقد ، فإن وجد المشتري بالبائع غير تلك العيوب كان له الرد ، وإن لم يجد إلا تلك العيوب فليس له الرد. الضرب الثالث: أن يبرأ البتة من كل عيب بها من غير أن يسميها ولا يقف المشتري عليها. فهذا هو محل الطرق والأقوال. انظر: الحاوى ٢٧١/٥ ، تكملة المجموع ٦١٥/١١.

(في المسألة) ^(١) ثلاثة أقوال ^(٢) أحدها: الشرط صحيح على الإطلاق ^(٣) وهو مذهب أبي حنيفة ^(٤).
 ووجهه: ما روى عن (ابن) ^(٥) عمر وزيد بن ثابت أنهما كانا يريان البراءة من كل عيب (جائزة) ^(٦) ^(٧).

ولأن شرط البراءة في الحقيقة إسقاط حق سلامة المبيع ، والإسقاط يصح مجهولاً ، كما لو طلق إحدى نسائه ، أو عتق أحد عبده ^(٨). والثاني: لا يصح الشرط أصلاً ، لأن شرط البراءة يتضمن إرفاقاً ، بالبائع وهو أن لا يفسخ عليه

(١) ما بين القوسين في ب " فيه " .

(٢) وهذه الثلاثة أقوال هي الطريق الأول في المسألة ، وهو الأصح ، وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والإصطخري ، وجزم به المصنف . انظر: الحاوي ٢٧٢/٥ ، المهذب ٣٨١/١ ، فتح العزيز ٢٤٣/٤-٢٤٤ ، تكملة المجموع ٦١١/١١-٦١٢ .

(٣) فيبراً من كل عيب علمه أو لم يعلمه في الحيوان أو في غير الحيوان . انظر: المهذب ٣٨١/١ ، الحاوي ٢٧٢/٥ ، البيان ص ٣٣٥ ، فتح العزيز ٢٤٣/٤ ، روضة الطالبين ٤٧٠/٣-٤٧١ ، مغنى المحتاج ٤٣٢/٢ .

(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء ١٥٤/٣ ، المبسوط ٩١/١٢ وجاء فيه " وإذا برئ البائع إلى المشتري عند عقده البيع من كل عيب فهو جائز وإن لم يسم العيوب عندنا " ، بدائع الصنائع ٢٥٦/٥ .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بن " .

(٦) ما بين القوسين في ب " جائز " .

(٧) روى ذلك عنهما: البيهقي في السنن الكبرى ٣٢٨/٥ برقم ١٠٥٦٥ ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت: ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٦٥/٤ .

والأثر إسناده ضعيف . قال البيهقي: إنما رواه شريك عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر عنهما ، وقال يحيى بن معين: حديث شريك عن عاصم بن عبيد الله عن زيد بن ثابت البراءة من كل عيب براءة: ليس يثبت ، تفرد به شريك ، وسئل عبد الله عن حديث شريك عن زيد بن ثابت في البيع بالبراءة فقال: أجاب شريك على غير ما كان في كتابه ، ولم نجد لهذا الحديث أصلاً . انظر: تكملة المجموع ٦٠٩/١١ .

(٨) ولأن ما لا يفتقر إلى التسليم يصح مع الجهالة ، وما يفتقر إلى التسليم لا يصح مع الجهالة كالبيع ، فلما كان الإبراء لا يفتقر إلى التسليم صح في المجهول . انظر: الحاوي ٢٧٢/٥ .

وقال الرافعي معللاً: " خيار العيب إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة ، فإذا صرح بالبراءة فقد ارتفع الإطلاق " فتح العزيز ٢٤٣/٤ ، وقال الشيرازي معللاً: " لأنه عيب رضى به المشتري فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه " المهذب ٣٨١/١ ، وانظر أيضاً: البيان ص ٣٣٥ .

العقد ولا يسترد منه الثمن ، والشرط المتضمن رفقاً (بأحد) ^(١) المتعاقدين لا يصح مجهولاً ، (كشرط) ^(٢) الأجل والخيار والرهن والضمين ^(٣) .
(والثالث) ^(٤) : وهو الذي اختاره الشافعي ^(٥) ، وإليه ذهب مالك ^(٦) أن هذا الشرط في غير الحيوان باطل .

(١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .
(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بشرط "
(٣) ولأن النبي ﷺ نهى عن الغرر (*) : والإبراء عن المجهول غرر : لأن المشتري لا يدري كم ينقص العيب من قيمة المبيع . ولأن الإبراء كالهبة ، غير أن الإبراء يختص بما في الذمة ، والهبة بالأعيان القائمة ، فلما لم تصح هبة المجهول لم يصح الإبراء عن المجهول . ولأن كل جهالة يمكن الاحتراز منها لم يعف عنها كالجهالة بتوابع المبيع كالأساس وطمى البئر ، فلما أمكن الاحتراز من الجهال في الإبراء وجب أن تكون الجهال مانعة من صحة الإبراء . ولأن الرد بالعيب مستحق بعد لزوم العقد ، فلم يجز أن يسقط بشرط قبل لزوم العقد ، لأنه إسقاط حق قبل وجوبه ، ألا ترى أن الشفيع لو عفا قبل الشراء لم تسقط شفيعته بعد الشراء ، لأنه أسقطها قبل وجوبها ، كذلك البيع بشرط البراءة . ولأنه خيار ثابت بالشرع ، فلا ينفي بالشرط كسائر مقتضيات العقد . انظر : المذهب ٢٨١/١ ، الحاوي ٢٧٢/٥ - ٢٧٣ ، البيان ص ٣٣٧ ، فتح العزيز ٢٤٣/٤ .

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وللتالث "
(٥) قال الشافعي في مختصر المزني ٩٤/٩ " إذا باع الرجل شيئاً من الحيوان بالبراءة فالذي أذهب إليه قضاء عثمان رضي الله عنه أنه برئ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه له ويقفه عليه " . وما اختاره الشافعي رضي الله عنه هو أظهر الأقوال الثلاثة ، وبه جزم ابن المقرئ في روض الطالب ، وزكريا الأنصاري في منهج الطلاب . انظر : فتح العزيز ٢٤٣/٤ ، البيان ص ٣٣٧ ، روضة الطالبين ٤٧٠/٣ ، تكملة المجموع ٦١١/١ ، شرح منهج الطلاب ١٢٠-١٢٢ ، روض الطالب ٦٣/٢ .

(٦) لمالك رضي الله عنه وأصحابه في بيع البراءة أقوال متعددة ، أشهرها أن البائع إذا كان غير وارث وغير حاكم وثيراً مما يظهر في الرقيق من العيب فإنه تنفعه تلك البراءة من رد المشتري له إذا اطلع على عيب قديم بشرطين . الأول : أن يتبرأ من عيب لم يعلم به . والثاني : أن تطول إقامته عند بائه بحيث يغلب على الظن أنه لو كان به عيب لظهر به ، وحد بعضهم الطول بستة أشهر ، وأما غير الرقيق فلا تنفع فيه البراءة مطلقاً ، فشرطها باطل والعقد صحيح . وأما البيع بالبراءة في سائر الحيوان فكان مالك يفتي به مرة ، ثم رجع عنه إلى أن البراءة لا تكون في شيء من الحيوان إلا في الرقيق خاصة . انظر : المدونة ٣٣٥-٣٣٦ ، الاستنكار ٢٨١-٢٨٢ ، الكافي في فقه أهل المدينة ص ٣٤٩ ، مختصر خليل ٣٥١-٣٥٢ ، التاج والإكلیل ٣٥١-٣٥٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ١١٨-١١٩ ، الشرح الصغير ٢١٦-٢١٧ ، بداية المجتهد ٣٥٣/٣ . وإذا كان المشهور عن مالك أن بيع البراءة يخص الرقيق فهل ذلك على إطلاقه ؟ نقل ابن عبد البر وابن رشد أنه لا تجوز البراءة من الحمل في الجوارى الرائعات لعظم الغرر فيه ، ويجوز في وخش الرقيق . وقد جعل ذلك ابن رشد تكملة للمشهور عن مالك . انظر : الكافي في فقه أهل المدينة ص ٣٤٩ ، بداية المجتهد ٣٥٣/٣ . وانظر قول مالك رحمه الله في ذلك المدونة ٣٣٦/٣ .
(*) الحديث أخرجه أبو داود في سننه عن أبي هريرة ٢٥٤/٣ رقم (٣٣٧٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى ٢٦٦/٥ ، والهيتمي في مجمع الزوائد ٨٠/٤ ، والدارقطني في السنن ١٥/٣ ، وابن أبي شيبه في مصنفه ٣١٢-٣١٣ .

وأما (في) ^(١) الحيوان فإن كان البائع عالماً بالعيب فالشرط باطل ، (سواء كان العيب بظاهره أو بباطنه) ^(٢) (*) ^(٣) وإن كان بباطنه (ولا يعلمه) ^(٤) فالشرط صحيح. **وجهه:** ما روي أن عبدالله بن عمر باع غلاماً (بثمانمائة) ^(٥) (درهم بيع) ^(٦) البراءة فقال الذي ابتاعه لعبدالله بن عمر: بالغلام (داء) ^(٧) لم تسمه. فاختصما إلى عثمان (بن عفان) ^(٨) فقال الرجل: باعني غلاماً (وبه) ^(٩) داء لم يسمه (*) ^(١٠) فقال عبدالله بن عمر: بعته بالبراءة ، فقضى عثمان على عبدالله بن عمر باليمين أن يحلف له لقد باعه (الغلام) ^(١١) وما به داء يعلمه ، فأبى عبدالله بن عمر أن يحلف ، وارتجع العبد ، فباعه بعد ذلك (بألف وخمسة مائة) ^(١٢) ^(١٣) والقصة تدل على أنه لا يبرأ إلا من داء (به لم) ^(١٤) يعلمه ^(١٥).

- (١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
- (٢) ما بين القوسين سقط من ب.
- (٣) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل " والشرط باطل " وهو تكرار في السياق فحذف.
- (٤) ما بين القوسين غير موجود بالنسختين وقد زيد كما هو مثبت بالصلب حتى يكتمل ما اختاره الشافعي رضي الله عنه كما هو واضح من نصه السابق ذكره ، وكما هو مثبت من أمهات كتب الشافعية.
- (٥) ما بين القوسين في النسختين " بمائة " وهو خطأ ، والصحيح بعد الرجوع للحديث ما هو مثبت بالصلب.
- (٦) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .
- (٧) ما بين القوسين وفي الأصل " إذا " وفي ب " ذا " وهو خطأ فيهما ، والصحيح ما أثبت بالصلب بعد الرجوع للحديث .
- (٨) ما بين القوسين سقط من ب.
- (٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وما به " والصحيح ما أثبت من ب.
- (١٠) ما بين القوسين يوجد مكانه بالأصل "باطل" والصحيح حذفها كما هو مثبت من ب حتى يستقيم السياق.
- (١١) ما بين القوسين سقط من ب.
- (١٢) ما بين القوسين في ب "بخمسة مائة" والصحيح ما أثبت من الأصل.
- (١٣) الأثر سبق تخريجه ص ٤٨٧ من هذا البحث.
- (١٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
- (١٥) قال الماوردي: " فقد قضى عثمان رضي الله عنه بالفرق في عيوب الحيوان بين ما علمه وما لم يعلمه ، وحكم بالبراءة مما لم يعلم ، وتابعه العاقدان في ذلك ، لأن الرجل رضي بقضائه وابن عمر لم يقل بخلافه ، وإنما امتنع من قبوله ، لأن العيب مما لم يعلم به. فإن قيل: فإذا كان هذا إجماعاً فهلا استدلل به الشافعي ولم يجعله تقليداً لعثمان؟ قيل: لأن التصريح بالحكم إنما كان من عثمان دون العاقدين ، وإنما كان إمساكهما اتباعاً لعثمان. فإن قيل: لما قلّد عثمان في هذا الحكم ، والتقليد عنده ليس بحجة؟ قيل: لأن قول عثمان في هذا الموضع حجة على مذهب الشافعي في القديم والجديد ، وإن لم يجز التقليد عنده. أما على قوله في القديم فإنه كان يرى قول =

والمعنى ما أشار. إليه الشافعي في الكتاب^(١) وهو أن الحيوان يغتذي بالصحة والسقم وتحول (طبائعه)^(٢) وقلما يخلو عن عيب به. وهذا إشارة إلى أن الحاجة دعت (إلى)^(٣) تصحيح هذا الشرط في الحيوان ، لأنه تكثر عيوبه ، ولا يمكن الوقوف عليها لكون العيوب باطنة. فإذا لم يصحح الشرط لم يلزم بيع الحيوان أصلاً ، ويؤدي إلى المنازعة في كون العيب موجوداً حالة العقد وحدوثه بعده ، فالزمن العقد (لهذه)^(٤) الحاجة ، ولم توجد مثل هذه الحاجة في سائر الأموال^(٥)

=الواحد من الصحابة إذا انتشر ولم يظهر خلافه حجة يقدم على القياس : لا سيما إذا كان إماماً. وأما على قوله في الجديد فلأنه يرى أن قياس التقريب إذا انضم إلى قول صحابي كان أولى من قياس التحقيق ، وقد انضم إلى قضاء عثمان قياس تقريب ، فصار حجة يقدم على قياس التحقيق. وهو ما ذكره الشافعي: في أن الحيوان يفارق ما سواه ، لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه ، وقلما يخلو من عيب وإن خفى. فلم يمكن الاحتراز من عيوبه الخفية بالإشارة إليها والوقوف عليها ، وليس كذلك في غير الحيوان ، لأنه قد يخلو من العيوب ويمكن الاحتراز منها بالإشارة إليها لظهورها فدل على افتراق الحيوان وغيره من جهة المعنى مع ما ذكرنا من قضية عثمان " الحاوي ٢٧٣/٥. وانظر في وجه الدلالة أيضاً: المذهب ٢٨١/١ ، البيان ص ٣٣٨ ، فتح العزيز ٢٤٣/٤ ، تكملة المجموع ٦١٨/١١-٦١٩ ، أسنى المطالب ٦٣/٢. (١) أي في كتاب المختصر للمزني ، حيث قال فيه: " فإن الحيوان مفارق لما سواه لأنه يغتذي بالصحة والسقم وتحول طبائعه ، فقلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر " مختصر المزني ٩٤/٩.

ومعنى قوله رضي الله عنه " يغتذي بالصحة والسقم " أنه ينتقل من الصحة إلى السقم كثيراً. قاله ابن العماد.

وقال الشيخ عميره: معناه أنه يأكل في حال صحته وفي حال مرضه فلا يهتدي إلى معرفة مرضه ، إذ لو كان من شأنه ترك الأكل حال المرض لكان الحال بيناً.

حاشية عميره ٢٤٨/٢-٢٤٩ ، حاشية الجمل ١٣٢/٣ ، حاشية الشبرايملي ٣٨/٤.

(٢) ما بين القوسين في ب "طبائعه".

(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بهذه ".

(٥) انظر: المذهب ٢٨١/١-٢٨٢ ، الحاوي ٢٧٣/٥ ، البيان ص ٣٣٨-٣٣٩ ، فتح

العزيز ٢٤٣/٤ ، أسنى المطالب ٦٣/٢ ، مغنى المحتاج ٤٣٢/٢ ، شرح جلال الدين

المحلي ٢٤٨/٢ ، حاشية قليوبي ٢٤٨/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٣٢/٣-١٣٣ ، نهاية

المحتاج ٣٨/٤.

هذا، وما سبق ذكره من الأقوال الثلاثة هو الطريقة الأولى في المسألة ، وبها جزم

المصنف - كما قرر ذلك سابقاً. والطريقة الثانية: وبها قال ابن خيران وأبو إسحاق =

فرع: الأشياء التي باطنها مأكول مثل البطيخ والرمان إذا باعها بشرط البراءة (فهل) ^(١) يصح الشرط أم لا؟ ^(٢) اختلف أصحابنا . فمنهم من قال: (يصح) ^(٣) ، لأن العيوب تكثر في باطنها ولا يمكن الوقوف عليها.

=المروزي ، القطع بأنه يبرأ في الحيوان من كل عيب لم يعلمه دون ما علمه ، ولا يبرأ في غير الحيوان من عيب أصلاً ، سواء علمه أو لم يعلمه.

قال السبكي: قال ابن أبي عسرون: إنها الأصح ، وقال الإمام: إنها الأليق بكلام الشافعي مع قوله إن الطريقة الأولى أشهر. وفي المجرّد من تعليق أبي حامد: نسبتها إلى عامة الأصحاب. انظر: المذهب ٣٨٢/١ ، الحاوي ٢٧٢/٥ ، فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ ، تكملة المجموع ٦١١/١١ ، البيان ص ٣٣٩.

والطريقة الثالثة: وقد حكاهما القاضي الموردي عن ابن أبي هريرة ، وهي أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ، ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم ، وفي غير المعلوم قولان. انظر: الحاوي ٢٧٢/٥ ، فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ ، تكملة المجموع ٦١١/١١.

والطريقة الرابعة: وهي مخرجة من منقول الإمام ، وهي إثبات ثلاثة أقوال في الحيوان وغيره. ثالثها: الفرق بين المعلوم وغيره. انظر: فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، روضة الطالبين ٣/٤٧١ ، تكملة المجموع ٦١١/١١.

والطريقة الخامسة: القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، وإجراء الأقوال الثلاثة في غير الحيوان.

ولم ينقل هذه الطريقة غير السبكي. انظر: تكملة المجموع ٦١٢/١١.

قال السبكي: قال الإمام: وإذا جمع جامع الحيوان إلى غيره انتظم له أقوال.

أحدها: الصحة في الجميع. والثاني: الفساد في الجميع. والثالث: الفرق بين الحيوان وغيره. والرابع: الفرق بين ما علمه البائع وكتمه وبين ما لم يعلمه. قال السبكي: ومع ذكر البعض الظاهر والباطن فقد يجري من خلاف الأصحاب فيه قول خامس.

وقال الغزالي: إن مجموعها سبعة أقوال. أحدها: صحة الشرط مطلقاً. والثاني: فساده مطلقاً. والثالث: فساده فيما علمه وصحته فيما لم يعلمه. والرابع: فساده فيما علمه أو يسهل العلم به. والخامس: فساده في غير الحيوان ، وصحته في الحيوان - زاد السبكي تصحيحاً لهذا القول: فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم به. والسادس: فساده إذا أبهم العيب ، وصحته إذا عينه. والسابع: فساده فيما سيحدث في يد البائع إذا ذكر مقصوداً ، وصحته فيما عداه. وزاد السبكي ثامناً فقال: ويأتي فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث في يد البائع إذا ذكر ولو تابعاً. تكملة المجموع ٦١٢/١١.

(١) ما بين القوسين في ب "هل".

(٢) وبعبارة أخرى: هل يلحق ما مأكوله في جوفه بالحيوان؟ انظر: فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ ، تكملة المجموع ٦٢٧/١١.

(٣) ما بين القوسين مثبت من ب ، وفي الأصل " لا يصح" والصحيح ما أثبت من ب كما سيوضح ذلك من خلال قراءة السياق.

ومنهم من قال: لا يصح^(١) لأنها لا (تتبدل)^(٢) عليها الأحوال (مثل ما)^(٣) (تتبدل)^(٤) على الحيوان ، وإنما ينتقل من الصلاح إلى الفساد ، (فلا)^(٥) يحدث ذلك مع (مرور)^(٦) الساعات كما تحدث الأمراض في الحيوان.^(٧)

الثالثة: ^(٨) اشترى عبدا على أنه برئ عن (عيب)^(٩) الزنا والإباق والسرقة فالعقد صحيح والشرط صحيح ، وذلك اطلاع له على العيب ، فإن هذه العيوب لا تعرف بالمعاينة ، وإنما تعرف بالخبر.^(١٠) فأما إن شرط البراءة عن عيب البرص والجذام

(١) وهو قول الأكثرين. منهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهم. وقال المحاملي: إنه لا خلاف فيه ، وكذلك الروياني قال: إنه لا خلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف. انظر: فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، تكملة المجموع ٦٢٧/١١.

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " تبدل " .

(٣) ما بين القوسين في ب " كما " .

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " تبدل " .

(٥) ما بين القوسين في ب " ولا " .

(٦) ما بين القوسين سقط من ب .

(٧) انظر: البيان ص ٣٣٩-٣٤٠ ، فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ ، تكملة المجموع ٦٢٧/١١ .

(٨) أي المسألة الثالثة .

(٩) ما بين القوسين سقط من ب .

(١٠) فذكرها إعلام لها. قال الرافعي: فبرئ منها بلا خلاف.

قال السبكي: " ادعى الرافعي أنه لا خلاف في البراءة إذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والإباق ، لأن ذكرها إعلام ، وفي كلام القاضي حسين في الفتاوى ما يقتضي المنازعة في هذا الإطلاق ، وأنه قال: هو أبق وبعته بشرط أنني برئ من عيب الإباق برئ قطعاً ، ولو قال: لا أعلمه أبقاً وبعته بشرط أنني برئ من عيب الإباق. قال: فلهذه المسألة مقدمة. وهي: أنه لو اشتراه ولم يعلمه أبقاً فقال: أبرأتك من عيب الإباق ، فبان أبقاً هل له الرد؟ وجهان ، كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حي فبان ميتاً. فبان قلنا: ببرأ برئ هنا. وإن قلنا: لا ببرأ فالبيع بهذا الشرط هل يصح؟ على قولين. فإن قلنا: يصح ففي صحة الشرط جوابان. وإن قال: بعته بشرط أنني برئ من الإباق. يعني لو لم يعلم شيئاً. قال: فالظاهر أنه ليس له رده ، لأن الشرط إعلام. وإن قال: لا أعلم هل هو أبق أو لا؟ ولم يرد عليه ، يعني ولم يشترط فوجده أبقاً فله الرد. ذكر هذه المسائل القاضي حسين في فتاويه " أ.هـ. فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، تكملة المجموع ٦١٦/١١. وانظر أيضاً: الحاوي ٢٧١/٥ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ٦٣/٢ .

فلن أطلعه على العيب فالعقد صحيح ، وإن لم يطلعه عليه فالحكم فيه كالحكم فيما لو شرط البراءة مطلقاً ، لأن الجهالة لا فرق بين أن تقع في عيب واحد وبين أن تقع في عيوب. ^(١)

الرابعة: ^(٢) إذا اشترى شرط البراءة (وصححناه) ^(٣) فحدث به عيب قبل القبض يجوز له الرد به. ^(٤) وقال أبو يوسف: لا يجوز. ^(٥)

(١) كذا قال الرافعي. وهو مقتضى كلام الإمام والنوراني و البغوي والماوردي.
قال الرافعي: هكذا فصلود ، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من العيوب ، فأما ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان ، فقد حكى الإمام تقريراً على فساد الشرط فيه خلافاً مخرجاً على ذكره من المعنيين في التعليل - يعني أن العلة في فساد الشرط الجهالة ، أو كونه من مقتضى العقد. قال السبكي: إن قلنا: بالأول صح لانتفاء الجهالة، وإن قلنا: بالثاني فلا. فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، تكملة المجموع ١١/٦١٥-٦١٦. وانظر أيضاً: الحاوي ٢٧١/٥ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ٦٣/٢. قال السبكي: وهذا الذي تقدم من أن الذي تمكن معانيته لا تكفي فيه التسمية هو قول الأصحاب. وقال القاضي حسين: وعنه يكون يصح في هذا الموضع لقلّة الجهالة. قال السبكي: وهذا مخالف لما تقدم من كلام الشافعي. تكملة المجموع ١١/٦١٦.

(٢) أي المسألة الرابعة.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وصححنا " .

(٤) انظر: الحاوي ٢٧٤/٥ ، البيان ص ٣٤٠ ، فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ ، تكملة المجموع ١١/٦٢٥ ، منهاج الطالبين ٤٣٢/٢ .

(٥) وهو قول أبي حنيفة أيضاً ، وقال محمد وزفر: يجوز الرد به ، فلا تدخل في العقد البراءة عن العيب الحادث. انظر: المبسوط ٩٣/١٣ وجاء فيه " تدخل فيه البراءة من كل عيب موجود به وقت العقد ، فإن حدث به عيب آخر بعد البيع قبل التسليم فهو داخل في هذه البراءة أيضاً في قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله ، وقال محمد وزفر: لا تدخل البراءة عن العيب الحادث في هذا الشرط وهو رواية عن أبي يوسف ، شرح فتح القدير ٤٠/٦ وجاء فيه استدلالاً لقول أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية عنه: أن الملاحظ هو المعنى والغرض ، ومعلوم أن الغرض من هذا الشرط إلزام العقد بإسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال ، وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك ، فاقترض الغرض المعلوم دخوله.

واستدل محمد وزفر وأبو يوسف في الرواية الأخرى عنه: بأن البراءة تتناول الثابت فتتصرف إلى الموجود عند العقد فقط. وانظر أيضاً: العناية ٤٠/٦ ، الكفاية ٤٠/٦ ، مجمع الأنهر ٥٢/٢ ، بدر المتقى ٥٢/٢ .

ودليلنا: أن الإسقاط (ينصرف) ^(١) إلى حق ثابت ، فأما كل حق لم يكن ثابتاً وقت الإسقاط وإنما يثبت بعده لا يسقط بالإسقاط (السابق) ^(٢) ، كما لو أبرأه عن الديون ثم حدث بعد ذلك دين آخر لا يبرأ عنه ^(٣) .
 الخامسة: ^(٤) شرط البراءة عن العيوب الموجودة والتي تحدث بعد العقد قبل القبض فالشرط فاسد ، لأنه (أسقط) ^(٥) الحق قبل وجود سببه ^(٦) ، وإذا فسد الشرط فالحكم في بطلان العقد (على) ^(٧) ما سبق ذكره ^(٨) .
 والفرق بين شرط البراءة و (بين) ^(٩) سائر الشروط الفاسدة قضية الامتناع من التزام سبب (يفضي إلى رفع العقد) ^(١٠) (فكان) ^(١١) موافقاً (موضوع) ^(١٢) العقد .

(١) ما بين القوسين من ب " يصرف الخلاف " وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من الأصل كما سيتضح من خلال السياق .

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٣) انظر: الحاوي ٢٧٤/٥ ، البيان ص ٣٤٠ ، مغني المحتاج ٤٣٢/٢ ، نهاية المحتاج ٣٨/٤ .

(٤) أي المسألة الخامسة .

(٥) ما بين القوسين في ب " يسقط " .

(٦) وهذا هو الأصح ، وبه جزم الأكثرون كما فعل المصنف

قال الرافعي: " ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة والتي تحدث ففیه وجهان . أصحهما ولم ينكر الأكثرون غيره: أنه فاسد ، فإن أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى " فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، وانظر أيضاً: روضة الطالبين ٤٧١/٣ ، تكملة المجموع ٦٢٦/١١ .

هذا ، وقد أورد السبكي عن القاضي حسين في العيوب الكائنة والتي تحدث طريقتان . إحداهما: القطع بالبطلان . والثانية: على قولين بالكائنة . انظر: تكملة المجموع ٦٢٦/١١ .

(٧) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٨) أي فيصح العقد على المذهب

وقال القاضي حسين: يبطل البيع بهذا الشرط . انظر: المخطوط ورقة ٦٩ ب ، تكملة المجموع ٦٢٦/١١ .

هذا ، وإن فرعنا على أظهر الأقول ، وهو الذي اختاره الشافعي ، فكما لا يبرأ عما علمه وكتبه ، فكذا لا يبرأ عن العيوب الظاهرة من الحيوان على الأصح ، لسهولة معرفتها ، وإنما يبرأ عن عيوب باطن الحيوان التي لا يعلمها .

ومنهم من اعتبر نفس العلم ولم يفرق بين الظاهر والباطن . وهما وجهان حكاهما الماوردي ، هل المراد ما لم يكن معلوماً لخفاؤه وإن علمه البائع؟ أو ما لم يعلمه لجهله به سواء كان ظاهر أو خفياً؟

قال السبكي: ومقتضى كلام الرويات نسبة الأول إلى المحصلين من أصحابنا ، وأنه الصحيح ، ونسبة الثاني إلى حكاية أبي علي في الإقصاص والقاضي أبي حامد في الجامع ، وأنه غلط . تكملة المجموع ٦٢٦/١١ ، وانظر أيضاً: الحاوي ٢٧٤/٥ ، فتح العزيز ٢٤٤/٤ ، روضة الطالبين ٤٧١/٣ .

(٩) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(١٠) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يقتضي مع العقد " والصحيح ما أثبت من ب .

(١١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وكان " .

(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " موضع " والصحيح ما أثبت من ب .

١١٨٠ ٤٩٥٢

تحقيق باب اختلاف المتبايعين

الباب الحادي عشر

في اختلاف المتبايعين (١)

وفيه (أربعة) (٢) فصول .

الفصل الأول

في بيان الحكم (عند وقوع) (٣) الاختلاف بينهما في أمر يتعلق بالعقد

وفيه ست مسائل.

إحداها: إذا اختلفا في قدر الثمن مع اتفاقهما على المعقود (عليه) (٤) بأن قال البائع: بعثك عبدي هذا بألف ، وقال المشتري : اشتريته بخمس مائة ، والعبد قائم (بصفته) (٥).
 (فإن) (٦) كان لأحدهما بينة قضينا (له) (٧). وإن (أقام) (٨) كل واحد منهما (بينة) (٩) (فتسمع) (١٠) البينتين جميعا، لأن كل واحد منهما يدعى وقوع العقد على صفة، وبينة المدعى مسموعة. ثم إن قلنا: في البينتين إذا تعارضتا (تساقطان) (١١) (و) (١٢) يصير كأن لا بينة لأحدهما (وسنذكره). (١٣)، (١٤)

(١) وإنما خص المصنف الاختلاف بالبيع لأن الكلام في البيع، والاختلاف فيه أغلب من غيره. وإلا فكل عقد معاوضة وإن لم تكن محضة وقع الاختلاف في كيفيته كذلك. انظر: حاشية الجمل ٢١١/٣، مغني المحتاج ٥٠٨/٢، المخطوط ورقة ٧١/ب .

وقد عبر الشيخ زكريا الأنصاري في منهج الطلاب بـ « باب الاختلاف في كيفية العقد » وقال: « هذا أعم من تعبيره (أي الإمام النووي في المنهاج) باختلاف المتبايعين وكذا تعبيره بالعقد والعوض فيما يأتي أعم من تعبيره بالبيع الثمن والمبيع » شرح منهج الطلاب ٢١١/٣.

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل « أربع » والصحيح ما أثبت من ب.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل « ووقوع ».

(٤) ما بين القوسين سقط من ب.

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل « بصفة ».

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل « فما »

(٧) ما بين القوسين في ب « بها ».

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل « كان »

(٩) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(١٠) ما بين القوسين في ب « تسمع »

(١١) ما بين القوسين في ب « ساقطتين ».

(١٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(١٣) أي في سياق الكلام في هذه المسألة.

(١٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل « وسنذكر ».

وإذا قلنا: (يستعملان فلا طريق هاهنا إلى الاستعمال فيتوقف الأمر إلى أن يتبين الحال. فأما إذا لم تكن بينة لواحد منهما فيحلفان جميعا عندنا^(١) وعند أبي حنيفة^(٢). وقال أبو ثور: القول قول المشتري، لأن البائع (أقر)^(٣) بانتقال الملك إليه وهو يدعى عليه زيادة في الثمن ليس يقر بها^(٤). والدليل على بطلان قوله: ماروي (أن الأشعث بن قيس)^(٥) (٦) اشترى رقيقا من رقيق

(١) سواء كانت السلعة قائمة أو تالفة، ولا اعتبار باليد إلا أن يكون تلفها قبل القبض، فإن ذلك مبطل للعقد. انظر: مختصر المزني ٩٦/٩، الحاوي ٥/٢٩٧، المهذب ١/٣٨٧، البيان ص ٥٣٩، الوجيز ٤/٣٧٥، فتح العزيز ٤/٣٧٥-٣٧٦، روضة الطالبين ٣/٥٧٥، روض الطالب مع أسنى الطالب ٢/١١٤، الغرر البهية ٣/٤٦، شرح منهج الطلاب ٣/٢١١-٢١٢، منهاج الطالبين مع مغني المحتاج عليه ٢/٥٠٨، إخلاص الناوي ٢/١٢٠.

(٢) وتحقيق مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى - كما ورد في كتب الحنفية - كالآتي:
اتفق الحنفية جميعا على أنه إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يد البائع أو المشتري فإنهما يتخالفان ويترادان استحسانا. وفي القياس القول قول المشتري، لأنهما اتفقا، على أصل البيع وأدعى البائع زيادة في حقه وهو الثمن، والمشتري منكر لذلك، فالقول قوله مع يمينه. قال الطحاوي: «إلا أنا تركنا القياس للأثر في حال قيام السلعة» ومثله قال السرخسي. وأما إذا كانت السلعة قد هلك في يد المشتري ثم اختلفا في الثمن فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف القول قول المشتري مع يمينه. وعند محمد يتخالفان ويترادان العقد. انظر: مختصر اختلاف العلماء ٣/١٢٦-١٢٧، المبسوط ١٣/٢٩-٣٠.

(٣) ما بين القوسين في ب «أقر».

(٤) انظر: الحاوي ٥/٢٩٧، البيان ص ٥٤١، المحلى ٧/٢٥٧.

(٥) ما بين القوسين في ب «الأشعث بن قيس أنه».

(٦) هو الأشعث بن قيس بن معدي كرب بن معاوية بن جبلة بن عدي بن ربيعة بن معاوية الأكرمين بن ثور الكندي. يكنى أبا محمد. وفد إلى النبي ﷺ سنة عشر في سبعين راكبا من كندة، وكان من ملوك كندة. وكان اسمه معدي كرب، وإنما لقب بالأشعث لأنه كان أبدا أشعث الرأس فسمى بذلك، وكان قد ارتد فيمن ارتد من الكنديين، وأسر فأحضر إلى أبي بكر فأسلم، فأطلقه وزوجه أخته أم فروة. شهد اليرموك والقادسية وغيرهما، وسكن الكوفة وشهد مع علي كرم الله وجهه صفين، مات بعد مقتل علي رضي الله عنه بأربعين ليلة، وصلى عليه الحسن بن علي. وقيل: مات سنة اثنتين وأربعين، وقيل: إنه تأخر عن ذلك. انظر: الإصابة ١/٥٠-٥١.

الخمس من عبد الله بن (مسعود) ^(١) ثم اختلفا في الثمن ، فقال الأشعث: أنت بينى وبين نفسك، فقال عبدالله: فإنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة (فهو ما يقول) ^(٢) رب (السلعة) ^(٣) أو يتتاركا» ^(٤) وهذا صريح في إبطال قوله ^(٥).

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «عمر» وهو خطأ، والصحيح بعد الرجوع لكتب الحديث ما أثبت من ب.

(٢) ما بين القوسين في ب «فالقول قول».

(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٤) الحديث أخرجه ابن ماجه وأبو يعلى بلفظ: عن عبدالله بن مسعود أن الأشعث بن قيس اشترى رقيقاً من رقيق الإمارة، فاختلفا في الثمن، فقال ابن مسعود: بعثك بعشرين ألفاً، وقال الأشعث: إنما اشتريت منك بعشرة آلاف، فقال عبدالله: إن شئت حدثتك حديثاً سمعته من رسول الله ﷺ الإمارة قال: هات. قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول قول البائع أو يترادان البيع»، قال: فإنني أرد البيع. مسند أبي يعلى ٨/٤٠٠، سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧ برقم (٢١٨٦).

والحديث أخرجه أيضاً الحاكم وأبو داود والبيهقي والدارقطني بلفظ: اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخمس من عبدالله بعشرين ألفاً، فأرسل عبدالله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبدالله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك، فقال الأشعث: أنت بينى وبين نفسك، فقال عبدالله: فإنني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركا» قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

مستدرک الحاكم ٢/٥٢، سنن أبي داود ٣/٢٨٥ برقم (٣٥١١)، سنن البيهقي الكبرى ٥/٣٣٢، سنن الدارقطني ٣/٢٠ برقم (٦٣).

ومعنى التتارک: أن يترك كل واحد منهما ما يدعيه بالفسخ. انظر: أسنى المطالب ٢/١١٤.

(٥) انظر: الحاوي ٥/٢٩٩ وجاء فيه «وأما من جعل القول قول المشتري لأن الأصل براءة ذمته فيقابل أيضاً بمثله، والأصل أنه غير مالك لسلعة البائع، فتساوى القولان وسقط التعليل»

ووجه قولنا: من طريق المعنى، أن كل واحد منهما حصل مدعياً ومدعى عليه، (والبائع)^(١) يدعى وقوع العقد بألف وينكر وقوعه بخمس مائة، والمشتري يدعى وقوعه بخمس مائة وينكر وقوعه بألف (*)^(٢)، وقد سمعنا لاعتبار (كل واحد منهما مدعياً وقوع العقد على صفة بينهما فتسمع لاعتبار)^(٣) (كون)^(٤) كل واحد منهما مدعى عليه (ثمنها)^(٥). وبهذا يبطل قول من يقول: البائع يدعى زيادة (قي)^(٦) الثمن، والمشتري (ينكره)^(٧)، لأن الاختلاف في صفة العقد، وكل واحد منهما ينكر ما يدعيه الآخر^(٨).

فروع ثلاثة .

أحدها: إذا اختلفا في قدر المبيع^(٩) مع اتفاقهما على قدر الثمن. بأن قال البائع: بعثك (العبد)^(١٠) الواحد، وقال المشتري: بل هذين العبدان، وأضاف إلى ما أقر به البائع عبداً آخر فالحكم على ما ذكرنا^(١١)، لأنه لما اعتبر قول البائع حتى تسمع يمينه إذا وقع الاختلاف في قدر الثمن مع كون المشتري منكراً كذلك يعتبر قول المشتري (إذا وقع الاختلاف في قدر

(١) ما بين القوسين في ب « فالبائع »

(٢) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل « والمشتري » وإثبات ذلك بخل بالسياق فحذف كما هو محذوف من ب.

(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٤) ما بين القوسين سقط من ب .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل « ثمنها ».

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٧) ما بين القوسين في ب « ينكر ».

(٨) كما لو ادعى رجل على رجل ديناراً وادعى الآخر على المدعى درهما. انظر: المهذب ١/٣٨٧، الحاوي ٢٩٨/٥-٢٩٩، البيان ص ٥٤١-٥٤٢، فتح العزيز ٤/٣٧٦، أسنى المطالب ٢/١١٤،

الغرر البهية ٣/٤٧، مغني المحتاج ٢/٥٠٨، نهاية المحتاج ٤/١٦٠.

(٩) أوصفته أو جنسه. انظر: الحاوي ٥/٢٩٧، أسنى المطالب ٢/١١٤.

(١٠) ما بين القوسين سقط من ب.

(١١) أي أنهما يتحالفان أيضاً كما يتحالفان في اختلافهما في الثمن. انظر: الحاوي ٥/٢٩٧، البيان ص ٥٤٣، فتح العزيز ٤/٣٧٦، روضة الطالبين ٣/٥٧٥، منهاج الطالبين ٢/٥٠٨.

المبيع مع كون البائع^(١) منكرا (استحقاق)^(٢) مازاد على العبد (الواحد)^(٣).
 الثاني^(٤) : إذا وقع الاختلاف في عين المبيع بأن قال البائع: بعتك عبدي هذا بألف، فقال المشتري: بل جاريتك هذه بألف. فقد ذكر الشيخ أبو حامد أنهما لا يتحالفان^(٥)، وقال : التحالف إنما يكون إذا اختلفا في صفة عقد واحد، وهاهنا عقدان، فإن بيع العبد غير بيع الجارية^(٦).

والمذهب التحالف^(٧). وليس يتحقق الفرق بين الحالتين، لأن بيع العبد بألف عين بيعه بخمس مائة (أيضا)^(٨)^(٩). وعلى هذا لو اختلفا في صفة الثمن بأن قال البائع: بعتك بألف

(١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «استحقاقه».

(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٤) أي الفرع الثاني.

(٥) واختاره الإمام وصاحب التهذيب ، وبه جزم الماوردي وابن المقري. انظر: فتح العزيز ٣٧٦/٤ ،

روضة الطالبين ٥٧٥/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٤/٢ ، البيان ص ٥٦٠ ، الحاوي

٣٠٦/٥ ، المذهب ٣٨٩/١ .

(٦) وقال الرافعي معللا: «لأن المبيع مختلف فيه ، والثمن ليس بمعين حتى يربط به العقد» فتح العزيز

٣٧٦/٤ . وانظر أيضا: أسنى المطالب ١١٤/٢ ، وقال العمراني معللا: «ولأن التحالف يكون مع

اتفاقهما على انتقال الملك إلى المشتري ، وهاهنا لم يتفقا على أنه يملك أحدهما» .

(٧) وبه قال ابن الحداد ، واختاره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ. قال الشيخ زكريا الأتصاري : وهو قول

الأصحاب ، واقتضى كلام الرافعي هنا ترجيحه، وصححه في الشرح الصغير هنا، والنووي في

أصل الروضة في نظيره من الصداق في قوله: أصدقتك أباك فقالت: بل أمي. وقال الرملي:

وصححه الإسنوي في تصحيحه، وقال السبكي: نص الأم يشهد له، وهو المعتمد، وقال الأذرعى:

الأشبه على مقتضى المذهب التحالف. انظر: فتح العزيز ٣٧٦/٤ ، روضة الطالبين ٥٧٥/٣ ، أسنى

المطالب ١١٥/٢ ، حاشية الرملي الكبير ١١٥/٢ ، إخلاص الناوي ١٢٠/٢ ، البيان ص ٥٦٠ .

(٨) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٩) انظر: فتح العزيز ٣٧٦/٤ ، أسنى المطالب ١١٥/٢ ، مغنى المحتاج ٥٠٩/٢ .

هذا ومحل الخلاف السابق فيما إذا كان الثمن في الذمة. أما إذا كان الثمن معيناً تحالفا قطعاً كما

لو اختلفا في جنس الثمن . انظر: فتح العزيز ٣٧٦/٤ ، روضة الطالبين ٥٧٥/٣ .

صاح، وقال المشتري: بل بألف قراضة. أو اختلفا في جنس الثمن بأن قال (البائع): (١) بعثك بكذا (دينار) (٢) فقال المشتري: بل بكذا (درهم) (٣)، أو كان العقد سلما (فاختلفا) (٤) في جنس (*) (٥) المسلم (فيه) (٦) فقال المسلم إليه: السلم في (٧) كر شعير، وقال المسلم: لا بل في كُر حنطة، أو اختلفا في نوعه فقال أحدهما: من نوع كذا وقال الآخر: بل (من) (٨) نوع كذا. فالحكم على ما ذكرنا والصحيح هو التحالف في الأحوال كلها، (٩)

(١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٢) ما بين القوسين في ب «دينارا».

(٣) ما بين القوسين في ب «درهما».

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «فاكتفى» وهو خطأ، والصحيح ما أثبت من ب لأنه مقتضي السياق.

(٥) ما بين القوسين يوجد مكانه بالأصل «الثمن» وإثبات ذلك يخل بالسباق فحذف كما هو محذوف من ب.

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٧) ما بين القوسين في ب «أسلمت إلى».

(٨) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٩) ولم أر خلافا فيما حكاه المصنف إذا اختلفا في صفة الثمن أو جنسه أو كان العقد سلما فاختلغا في جنس المسلم فيه أوفي نوعه. وإنما المذكور - فيما اطلعت عليه - الجزم بالتحالف.

انظر: الحاوي ٢٩٧/٥، فتح العزيز ٣٧٦/٤، روضة الطالبين ٥٧٥/٣، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٤/٢، منهاج الطالبين مع مغنى المحتاج عليه ٥٠٨/٢، شرح جلال الدين المحلي ٢٩٦/٢، الغرر البهية ٤٦/٣.

هذا، وإذا قلنا: لا تحالف في مسألة الاختلاف في عين المبيع بأن قال البائع: بعثك العبد وقال المشتري: بل الجارية فإنه يحلف كل واحد منهما على نفى ما يدعيه صاحبه، ولم يجمع أحدهما في اليمين بين النفي والإثبات، ولا يتعلق بينهما فسخ ولا انفساخ.

ولو كانت المسألة بحالها وأقام كل واحد منهما بيعة على ما ذكره سلمت الجارية للمشتري، وأما العبد فقد أقر البائع ببيعه، وقامت البيعة عليه أو لم تقم، فإن كان في يد المشتري أقر عنده، وإن كان في يد البائع فوجهان، أحدهما: أنه يسلم إلى المشتري ويجبر على قبوله، والثاني: لا يجبر، لأنه ينكر ملكه فيه. فعلى هذا يقبضه الحاكم وينفق عليه من كسبه، فإن لم يكن له كسب ورأى الحظ في بيعه وحقق ثمنه فعل. انظر: فتح العزيز ٣٧٦-٣٧٧، روضة الطالبين ٥٧٥/٣، البيان ص ٥٦١، الحاوي ٣٠٦/٥.

وكان (القاضي الإمام) ^(١) أحسن يقول: (حد) ^(٢) الاختلاف المثبت للتحالف: أن يدعي كل واحد منهما عقداً صحيحاً لا على الوجه الذي يدعيه صاحبه، ولو قدرنا ذلك الاختلاف موجوداً حالة العقد امتنع انعقاده. بيانه: لو قال في الابتداء: بعثك العبد بألف فقال: (*) ^(٣) قبلت بخمس مائة لا ينعقد (العقد) ^(٤).

(ولا) ^(٥) يختص هذا الاختلاف بالبيع، بل إذا وقع (الاختلاف) ^(٦) بين المتكاريين ^(٧) في قدر الأجرة وفي قدر المستأجر، فقال الآجر: أجرتك داراً واحدة بألف فقال: بل دارين. أو في صفة الأجرة، أو في عين الدار المستأجرة.

أو وقع الاختلاف بين الزوجين في قدر المهر، أو نوعه، أو صفته، فالحكم فيه التحالف ^(٨).
الثالث: ^(٩) إذا وقع الاختلاف في الثمن، والمبيع هالك إما حقيقة بأن كان حيواناً فمات أو طعاماً فأكله، أو (حكماً) ^(١٠) بأن كان عبداً فأعتقه. أو كان قائماً ولكن دخله نقص، بأن تعيب في يده، أو كانت جارية فزوجها فالحكم فيه التحالف عندنا ^(١١).

(١) ما بين القوسين في ب « الإمام القاضي ».

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٣) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل « بعثك بألف » وهو مكرر، فحذف حتى يستقيم السياق.

(٤) ما بين القوسين سقط من ب.

(٥) ما بين القوسين في ب « وليس ».

(٦) ما بين القوسين في ب « الخلاف ».

(٧) يقال أكرى الدار أو الدابة أي أجرها، وكأراه مكاراة وكراء: أجره. فهو مكار، والجمع مكارون ومكاريين مثل قاضون وقاضين. واكثرى الدار وغيرها: استأجرها. والكراء: أجر المستأجر.

انظر: المصباح المنير ص ٢٠٣، المعجم الوجيز ص ٥٣٣.

(٨) وإذا وقع الاختلاف في البيع فتحالف العاقدان فإن العقد بنفسه بعد التحالف أو يفسخ ويترادان. وفي الصلح عن الدم لا يعود استحقاقه، بل أثر التحالف الرجوع إلى الدية، وكذا لا يرجع البضع، بل في النكاح ترجع المرأة إلى مهر المثل، وفي الخلع يرجع إليه الزوج.

انظر: الوجيز ٣٧٧/٤، فتح العزيز ٣٧٧/٤، روضة الطالبين ٥٧٧/٣، إخلاص النواي ١٢٠/٢،

مغني المحتاج ٥٠٨/٢، شرح منتهج الطلاب مع حاشية الجمل عليه ٢١١/٣.

(٩) أي الفرع الثالث.

(١٠) ما بين القوسين من ب وفي الأصل « حكماً » والصحيح ما أثبت من ب.

(١١) انظر: الحاوي ٢٩٧/٥، الوجيز ٣٧٥/٤، فتح العزيز ٣٧٦/٤، روضة الطالبين ٥٧٥/٣، البيان

ص ٥٣٩، أسنى المطالب ١١٤/٢، الغرر البهية ٤٦/٣، المهذب ٣٨٩/١.

وعند أبي حنيفة إذا هلك المبيع أو تغيرت صفته بعيب دخله لا يتحالفان ، بل القول قول المشتري^(١) ، وزاد على هذا لو حدثت في يد المشتري زيادة منفصلة (منع)^(٢) التحالف^(٣) (وحد)^(٤) مذهبه : أنه يجري (التحالف)^(٥) مجرى الرد بالعيب ، فكل حالة لا يجوز فيها الرد بالعيب لا يجوز التحالف^(٦) .

ودليلنا : (أن)^(٧) في حال قيام السلعة يمكن ترجيح قول أحدهما بالرجوع إلى القيمة ، فإن العادة الجارية بين الناس أن لا يبيع الشيء إلا بقدر قيمته ، وبعد الهلاك يعذر ذلك . فإذا سمعنا (يمينهما)^(٨) في حال بقاء السلعة مع إمكان ترجيح قول أحدهما (فلأن)^(٩) تسمع في حال هلاك السلعة أولى . وأيضاً فإننا نسمع بينة كل واحد منهما بعد الهلاك كما تسمع في حال البقاء ، فكذا وجب أن تلحق هذه الحالة (بتلك)^(١٠) الحالة في (حال)^(١١) سماع اليمين^(١٢) .

(١) وبه قال أبو يوسف أيضاً . وأما عند محمد فيتحالفان ويرادان العقد في حالة هلاك المبيع . وفي حالة تغير صفة المبيع بعيب دخله فعنده يتحالفان أيضاً ثم يفسخ العقد على العين إن رضى به البائع ، وإن أبى فعلى المشتري رد القيمة كما لو كانت هالكة . انظر : مختصر اختلاف العلماء ١٢٦/٣ ، المبسوط ١٣/٣٤ ، وقد سبق التعرض لبعض ذلك تفصيلاً ص ٢٩٩ من هذا البحث .

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «مع» وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من ب .

(٣) وبه قال أبو يوسف أيضاً ، وأما عند محمد فيتحالفان ويفسخ العقد على القيمة .

ومحل هذا ما إذا كانت الزيادة منفصلة متولدة من العين كالجارية إذا ولدت . أما لو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالكسب فقد اتفق الحنفية على أنها لا تمنع التحالف وفسخ العقد على العين . انظر : المبسوط ١٣/٣٤ .

(٤) ما بين القوسين في ب «وجه» .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «بالتحالف» .

(٦) انظر : المبسوط ١٣/٣١ ، الحاوي ٢٩٧/٥ .

(٧) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «بينتهما» وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من ب . لأنه مقتضى المسألة ، والمسألة في التحالف لا في البينة .

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «فلا» وهو خطأ واضح .

(١٠) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «ملك» وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من ب .

(١١) ما بين القوسين سقط من ب .

(١٢) ولأن ما يوجب فسخ العقد يستوي فيه الباقي والتالف كالأستحقاق . انظر الحاوي ٢٩٨/٥ .

وقال الماوردي رداً على أبي حنيفة : «وأما الجواب عن قياسه على الرد بالعيب فلنفي فيه أن العيب فيما تلف يقدر على استدراك ظلامته بالأرض فلم يفسخ ، وليس كذلك في اختلافهما ، لأن كل واحد منهما لا يقدر على استدراك ظلامته إلا بالتحالف ، فجاز أن يتحالفا مع انتفاء الحواشي ٢٩٩/٥ .

الثانية: (١) إذا وقع الاختلاف بين المتبايعين في شرط الأجل أو في شرط الخيار أو في قدر الأجل أو في شرط الرهن أو شرط الضمان، أو اختلفا في شرط البراءة عن العيب وقلنا: إنه لا يفسد العقد (٢) يتحالفان عندنا (٣). وقال أبو حنيفة: لا يتحالفان، والقول قول من ينفي (٤). ودليلنا: أنهما اختلفا في كيفية وقوع العقد الصحيح على وجه لو (قارن) (٥) العقد منع الانعقاد، فوجب أن يثبت التحالف كما لو اختلفا في الثمن أو (في) (٦) المبيع (٧). **فرعان. أحدهما:** لو اختلفا في اشتراط صفة (في) (٨) المبيع بأن قال (المشتري) (٩) اشترت

(١) أي المسألة الثانية.

(٢) وهو المذهب - كما سبق ذكره. انظر: المخطوط ورقة ٦٩/ب، فتح العزيز ٢٤٤/٤، روضة الطالبين ٤٧١/٣، تكملة المجموع ٦٢٤/١١.

(٣) كما يتحالفان في اختلافهما في الثمن والمثمن. انظر: الحاوي ٢٩٩/٥، البيان ص ٥٤٣، فتح العزيز ٣٧٧/٤، روضة الطالبين ٥٧٥/٣، منهاج الطالبين مع مغنى المحتاج ٥٠٨/٢. هذا، وقد جزم ابن المقرئ بأنهما لا يتحالفان في زمن الخيار إذا اختلفا، لإمكان الفسخ في زمنه. وقد رد الشيخ زكريا الأنصاري ما جزم به ابن المقرئ بقوله: «بأن التحالف لم يوضع للفسخ، بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق».

وعلى هذا فالمعتمد أن التحالف يجري في زمن الخيار كما صرح به ابن يونس والنسائي والأذرعي وغيرهم، وقد قال الشافعي والأصحاب بالتحالف في الكتابة مع جوازها من جانب الرقيق، وفي القراض والجمالة مع جوازهما من الجهتين. روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٤/٢، وانظر أيضاً: مغنى المحتاج ٥٠٨/٢، نهاية المحتاج ١٦٠/٤-١٦١.

(٤) وبه قال أبو يوسف ومحمد أيضاً، وقال زفر: يتحالفان، لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن. ويستدل لأبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد: بأن العقد يصح مع الخلو من شرط الأجل وما ذكر معه فصار مدعيه مستأنفاً للدعوى فيه، لأن مقصود العقد هو ما كان عوضاً من ثمن أو مثمن، وهذه كلها غير مقصودة، فلم يتساوى مع حكم المقصود. انظر: المبسوط ٣٥/١٣، الحاوي ٣٠٠/٥. (٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «فارق» وهو خطأ، والصحيح ما أثبت من ب، لأن السياق لا يستقيم إلا به.

(٦) ما بين القوسين سقط من ب.

(٧) انظر: الحاوي ٣٠٠/٥، البيان ص ٥٤٣.

وقال الماوردي رداً على أبي حنيفة: وهذا الذي قاله خطأ، لأن صفات العقد ملحقه بأصله، فوجب أن يكون حكمها في التحالف كحكمه. ولأن هذه كلها قد تأخذ من الثمن قسطاً، لأن الثمن قد يزيد وينقص بعدمها، فصارت في الحكم كأجزاء الثمن والمثمن، وليس لما قاله من أن خلوها من العقد جائز وجهها في المنع من التحالف، لأن زيادة الثمن قد يصح أن تخلو من العقد ولا تمنع من جواز التحالف، ولا لقوله إنها غير مقصودة في نفسها وإنما هي تبع لغيرها وجه أيضاً، لأنها قد تقصد، ولذلك شرطت، ولو لم تقصد وكانت تبعاً لوجب أن تلحق بحكم يسوغها. الحاوي ٣٠٠/٥.

(٨) ما بين القوسين سقط من ب.

(٩) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

العبد على (شرط) ^(١) أنه كاتب أو (خباز) ^(٢) فأنكره البائع. فمن أصحابنا من قال : لا ينحالفان لأن الصفة المشروطة ملحقه بالعيب، فيصير كأنه ادعى عيباً يرد به، ولو وقع بينهما الاختلاف في وقت وجود (العقد) ^(٣) فالقول قول البائع، كذا هاهنا. والصحيح أنهما يتحالفان ^(٤)، لأن هذا الاختلاف لو قارن العقد منع انعقاده، (فهو) ^(٥) كالاختلاف في الأجل والخيار.

الثاني ^(٦) : إذا اختلفا في انقضاء الأجل. (حكى) ^(٧) عن الشافعي أنه قال: القول قول (البائع) ^(٨). قال أصحابنا: صورة المسألة في السلم، ^(٩) فإن الأجل في السلم حق (البائع) ^(١٠)، فإذا ادعى المسلم انقضاء الأجل، فقد ادعى استحقاق المطالبة عليه، وهو منكر، فالقول قوله، وأيضاً فإن الاختلاف في انقضاء الأجل مع اتفاقهما على قدره في الحقيقة اختلاف في تاريخ العقد، فكان المسلم يدعى وقوع العقد من شهر، والمسلم (إليه) ^(١١) ينكره، ولو اختلفا في أصل العقد فادعاه أحدهما وأنكره الآخر (فالقول) ^(١٢) قول المنكر، فكذا إذا ادعى أحدهما وقوعه في زمان سابق وأنكره الآخر كان القول قوله.

(١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «العيب» وهو خطأ، والصحيح ما أثبت من ب، لأن المعنى لا يستقيم إلا به.

(٤) وهذا هو الوجه الثاني. وقد صححه المصنف وأقره الرافعي عليه وعبر عنه النووي بالأصح، وبه جزم ابن المقرئ. انظر : فتح العزيز ٣٨٠/٤، روضة الطالبين ٥٧٩/٣، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٨/٢.

(٥) ما بين القوسين في ب «وهو».

(٦) أي الفرع الثاني.

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل لا يقرأ.

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «للبيع».

(٩) قال الشافعي رضى الله عنه : « لو تصادقا في السلعة واختلفا في الأجل ، فقال المسلف : هو إلى سنة ، وقال البائع : هو إلى سنتين ، حلف البائع وخير المشتري ، فإن رضى وإلا حلف وتفاخا ... ولو تصادقا على البيع والأجل فقال البائع : لم يمض من الأجل شيء أو قال : مضى منه شيء يسير ، وقال المشتري : بل قد مضى كله ، أو لم يبق منه إلا شيء يسير ، كان القول قول البائع مع يمينه ، وعلى المشتري البينة. قال الشافعي رحمه الله : ولا يفسخ بيعهما في هذا من قبل تصادقهما على الثمن والمشتري والأجل ». الأم ١٦٣/٣.

(١٠) ما بين القوسين في ب « للبيع ».

(١١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل «القول».

(وأما) (١) في باب الشراء الأجل حق المشتري ، فالقول قوله لما ذكرنا من العلتين (٢).
الثالثة (٣) إذا مات أحد المتعاقدين (ثم وقع الاختلاف بين الوارث وبين الحي من المتعاقدين) (٤)
في قدر الثمن، أو ماتا جميعا ووقع التنازع بين ورثتهما (فعند الشافعي) (٥) يتحالفان (٦).
وعند أبي حنيفة لا يتحالفان، والقول قول المشتري إن كان حيا، وقول وارثه إن كان ميتاً (٧).
ودليلنا : أن في الرد بالعيب قام الوارث مقام الموروث، فكذلك في التحالف ، وأيضا فإن
بينة (وارث) (٨) البائع مسموعة (فكذا) (٩) يمينه (١٠).

(١) ما بين القوسين في ب «فأما».

(٢) الأولى : أن البائع يدعى انقضاء الأجل ، فقد ادعى استحقاق مطالبته وهو منكر، فكان القول
قوله. والثانية: أنه لو اختلف المشتري مع غيره في أصل العقد كان القول قوله، فكذا في صفته.
انظر : روضة الطالبين ٥٨٦/٣، روض الطالب مع أسنى المطالب ١٢٢/٢.

(٣) أي المسألة الثالثة.

(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٥) ما بين القوسين في ب «فعندنا».

(٦) انظر: المهذب ٣٨٩/١، البيان ص ٥٥٨، فتح العزيز ٣٧٦/٤، روضة الطالبين ٥٧٥/٣، منهاج
الطالبين ٥١٢/٢، مغني المحتاج ٥١٢/٢ وجاء فيه « ولا فرق في ذلك بين أن يكون الاختلاف
قبل القبض أو بعده، ولا بين أن يحصل بين الورثة ابتداء، أو بين المورثين ثم يموتان قبل التحالف،
ويحلف الوارث في الإثبات على البت وعلى نفي العلم في النفي، ويجوز للوارث الحلف إذا غلب
على ظنه صدق مورثه»، نهاية المحتاج ١٦٦/٤.

(٧) ومقاله المصنف عن أبي حنيفة ليس إطلاقه. وتوضيح ذلك كالآتي : إن كان البائع قد مات واختلف
ورثته مع المشتري في الثمن فالقول قول ورثة البائع إن كان المبيع في أيديهم، ويجري التحالف
بالاتفاق بين الحنفية استحسانا، لأنهم قائمون مقام البائع حتى يطالبون بالثمن، ويطالبون بتسليم
المبيع وذلك بحكم العقد، فإذا ثبت في حقهم عرفنا أنهم صاروا كالبائع. وإن كان المشتري قد
قبض المبيع فالقول قوله مع يمينه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد يتحالفان ويترادان.
وكذلك إن مات المشتري وبقي البائع. فإن كانت السلعة لم تقبض جرى التحالف استحسانا، لأن
ورثة المشتري قاموا مقامه في وثوق العقد، فإنه يثبت لهم حق المطالبة بتسليم المبيع. وإن كانت
السلعة مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله القول قول ورثة المشتري، وعند محمد
يتحالفان ويترادان.

وكذلك إذا ماتا جميعا ثم وقع الاختلاف بين الورثة في الثمن فإن كانت السلعة مقبوضة فعند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يتحالفان. وعند محمد يتحالفان.

وإن لم تكن مقبوضة يتحالفان بإجماع الحنفية. انظر : المبسوط ٣٢-٣٣/١٣.

(٨) ما بين القوسين في ب «الوارث».

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل « وكذا ».

(١٠) ولأنه يمين في المال توجهت على الموروث فقام الوارث فيها مقامه، كما لو كان المبيع في يد ورثة
المبتاع، وكاليمين في دعوى المال. انظر: المهذب ٣٨٩/١، البيان ص ٥٥٨، مغني المحتاج ٥١٢/٢،
نهاية المحتاج ١٦٦/٤.

الرابعة: (١) إذا اختلفا في جنس العقد فقال من كان الملك له: بعث منك بألف ، فقال (٢) من حصل له الشيء: بل وهبتي ، فعلى طريقة الشيخ أبي حامد لا يثبت التحالف ، وعلى الصحيح من المذهب أنه يثبت التحالف (٣) والعلة: أن كل واحد منهما يدعي انتقال الملك بجهة صحيحة غير الجهة التي يدعيها صاحبه ، ولو قدرنا الاختلاف حالة العقد امتنع الاعتقاد، فصار كما لو اختلفا في عين المبيع أو (في) (٤) قدره .
الخامسة: (٥) (إذا) (٦) ادعى أحدهما عقداً صحيحاً والآخر ادعى قرينة توجب الفساد، من أجل مجهول أو خيار مجهول ، أو ادعى مع الثمن المسمى زق (٧) خمر (أو) (٨)

(١) أي المسألة الرابعة.

(٢) ما بين القوسين في ب " وقال " .

(٣) وعدم التحالف في هذه المسألة هو المشهور ، وبه جزم النووي في المنهاج ، خلافاً لما صححه المصنف .

وفي قول: القول قول مدعي الهبة ، لأنه مالك باتفاقهما ، وصاحبه يدعي عليه والأصل براءة نمته عنه . وأما تصحيح المصنف للتحالف فشاذاً .

قال النووي: " لو قال: بعثك هذا بألف ، فقال: بل وهبتي ، فلا تحالف إذا لم يتفقا على عقد ، بل يحلف كل واحد على نفي ما يدعيه صاحبه . فإذا حلفا لزم مدعي الهبة رده بزوا نده على المشهور . وفي قول: القول قول مدعي الهبة . وشذ صاحب التتمة فحكي وجهاً ، أنهما يتحالفان ، ورغم أنه الصحيح " روضة الطالبين ٥٧٦/٣-٥٧٧ . وانظر أيضاً: فتح العزيز ٣٧٨/٤ ، الغرر البهية ٥٠/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٦/٢ ، منهاج الطالبين ٥١٢/٢ ، شرح منهج الطلاب ٢١٦/٣-٢١٧ .

هذا ، وعلى القول بالمشهور فإنه يمكن أن يقال: كيف يرد الزوائد المنفصلة مع اتفاقهما على حدوثها في ملك الراد بدعواه الهبة وإقرار البائع له بالبيع ، فهو كمن وافق على الإقرار بشيء وخالف في الجهة؟!

فالجواب: أن دعوى الهبة لا تستلزم الملك لتوقفها على القبض بالإذن ولم يوجد ، وبأن كلا منهما قد أثبت بيمينه نفي دعوى الآخر فتساقطتا . ولو سلم عدم التساقط فمدعي الهبة لم يوافق المالك على ما أقر له به من البيع ، فلا يكون كالمسألة المشبهة بها ، فالعبرة بالتوافق على نفس الإقرار لا على لازمه . انظر: أسنى المطالب ١١٦/٢ ، الغرر البهية ٥٠/٣ ، مغنى المحتاج ٥١٣/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٧/٤ .

(٤) ما بين القوسين سقط من ب .

(٥) أي المسألة الخامسة .

(٦) ما بين القوسين في ب " لو " .

(٧) الزق: الظرف ، والجمع: أزقاق وزقاق وزقان . انظر المصباح المنير ص ٩٧ . والظرف: الوعاء . والجمع: ظروف . انظر: المصباح المنير ص ١٤٦ ، المعجم الوجيز ص ٤٠٠ .

(٨) ما بين القوسين في ب " و " .

ما جانس ذلك (فلا) ^(١) يتحالفان. (وأيهما) ^(٢) يعتبر قوله؟ في المسألة وجهان أحدهما: القول قول من ينفي الفساد، ^(٣) اعتباراً بمسألة حكاها البويطي ^(٤) عن الشافعي، وهي إذا أسلم في طعام ثم اختلفا فقال المسلم إليه: شرطت الخيار في العقد، وأنكره المسلم (كان) ^(٥) القول قول المسلم مع يمينه. ^(٦) ووجهه: أن ظاهر عقود المسلمين الصحة، فمن ادعى ما يوجب الفساد فقد ادعى خلاف الظاهر. ^(٧)

والثاني: القول قول من يدعي الفساد ^(٨)، لأن الأصل عدم العقد، وبقاء ملك المالك، وهو يدعي عقداً صحيحاً أزال به ملكه، والأصل بقاء ملكه ^(٩).

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "ولا".

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل لا يقرأ.

(٣) وهو الأصح عند الغزالي والأكثرين، وهو اختيار الشيخ أبي حامد وابن الصباغ، وبه جزم ابن المقرئ في روض الطالب. انظر: المهذب ٣٨٩/١، البيان ص ٥٦٢، الوجيز ٣٧٨/٤، فتح العزيز ٣٧٨/٤، روضة الطالبين ٥٧٧/٣، روض الطالب ١١٦/٢، منهاج الطالبين ٥١٣/٢.

(٤) البويطي هو: يوسف بن يحيى أبو يعقوب البويطي. وبويط من صعيد مصر الأدنى، كان البويطي متقشفاً، حمل من مصر إلى العراق مع من حمل من مشايخ أهل مصر أيام الفتنة والمحنة بالقرآن، وقد أراحوه على الفتنة فامتنع فسجن ببغداد إلى أن توفي في السجن والقيد ببغداد. وكان يرى رأي الإمام مالك قبل أن يقول بقول الشافعي. وكذا المزني كان يرى رأي أهل العراق قبل أن يقول بقول الشافعي. توفي البويطي رحمه الله سنة (٢٣١ هـ). انظر: طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح ٦٨٤-٦٨١/٢ تحت رقم (٢٦٨).

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "أن".

(٦) ومثله أيضاً لو قال: هذا الذي بعثته حر الأصل، وقال البائع: بل هو مملوك فالقول قول البائع. انظر: فتح العزيز ٢٧٨/٤، روضة الطالبين ٥٧٧/٣.

(٧) وفي هذا يقول الشيخ زكريا الأنصاري وغيره: ويصدق مدعي الصحة بيمينه وإن كان الأصل عدمها، لأن الظاهر معه، إذ الظاهر من حال المكلف اجتنابه الفاسد، وقدم على الأصل لاعتضاده يتشوف الشارع إلى انبرام العقود، ولأن الأصل عدم المفسد في الجملة. انظر: المهذب ٣٨٩/١، البيان ص ٥٦٢، فتح العزيز ٣٧٨/٤، الغرر البهية ٥٠/٣، أسنى المطالب ١١٦/٢، مغني المحتاج ٥١٣/٢، شرح منهج الطلاب ٢١٧/٣، حاشية قليوبي ٢٩٩/٢.

(٨) وهو الأصح عند البغوي، وبه جزم الماوردي، وهو اختيار صاحب التقريب. انظر: فتح العزيز ٢٧٨/٤، الحاوي ٢٩٦/٥، البيان ص ٥٦٢.

(٩) وصار كما لو اختلفا في أصل البيع. انظر: الحاوي ٢٩٦/٥، البيان ص ٥٦٢، فتح العزيز ٣٧٨/٤، مغني المحتاج ٥١٣/٢، شرح جلال الدين المحلي ٢٩٩/٢.

وبعض أصحابنا بنوا الوجهين على مسألة.

وهي: إذا تكفل^(١) برجل ثم اختلفا ، فقال الكفيل: تكفلت على أني بالخيار ثلاثا ، وأنكر المكفول له . ذكر الشافعي فيها قولين . أحدهما: القول قول الكفيل ، والثاني: القول قول المكفول (له)^(٢) وسنذكرها^(٣) . فكذا هاهنا على طريقة القول قول من يدعي الشرط الفاسد ، وفي الثاني القول قول من ينكره .
والقفال (رحمه الله)^(٤) بناهما على مسألة أخرى .

وهي: إذا قال لفلان: على ألف من ثمن (خمر)^(٥) (ففي قول)^(٦) لا يُنقض إقراره ، ويجعل القول قوله أنه من ثمن الخمر ، ويحكم بسقوطه . فعلى هذا القول (قول من يدعي الفساد ، وعلى القول)^(٧) الآخر يقبل قوله في وجوب الألف و(في)^(٨) نفي سبب الفساد ، و(و)^(٩) يجعل القول قول المقر له ، فيحلف بالله ليس من ثمن (الخمر)^(١٠) ويستحق ، فعلى هذا القول في الشرط المفسد قول من ينفيه^(١١) .

(١) الكفالة لغة: الضمان . يقال: كفل الرجل وبالرجل كفالة: ضمنه . وتكفل بالشيء: أوجبه على نفسه . يقال: تكفل بالدين: التزم به . انظر: المصباح المنير ص ٢٠٥ ، المعجم الوجيز ص ٥٣٧ .

والكفالة شرعا: عرفها الشيخ قليوبي بقوله: " التزام ما في ذمة الغير من المال " . حاشية قليوبي ٤٠٣/٢ .

وعرفها الشيخ زكريا الأنصاري بأنها شرعا يقال لالتزام دين ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار عين مضمونة ، أو بدن من يستحق حضوره .

شرح منهج الطلاب ٣/٢٧٧ . وانظر أيضا: مغنى المحتاج ٣/١٩٨ .

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " لها " .

(٣) وفي ذلك يقول الشافعي رضي الله عنه: " ولو أقر لرجل أنه كفل له بمال على أنه بالخيار ، وأنكر المكفول له الخيار ، ولا بينة بينهما ، فمن جعل الإقرار واحدا أحلفه ما كفل له إلا على أنه بالخيار وأبرأه ، والكفالة لا تجوز بخيار ، ومن زعم أنه يبيع على إقراره ، فيلزمه ما يضره ، ألزمه الكفالة بعد أن يحلف المكفول له: لقد جعل له كفالة بت لا خيار فيها " الأم ٣/٢٦٤ .

(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٥) ما بين القوسين في ب " خمر " .

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٧) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٨) ما بين القوسين سقط من ب .

(٩) ما بين القوسين سقط من ب .

(١٠) ما بين القوسين في ب " خمر " .

(١١) قال العمراني بعد أن حكى تخريج الوجهين على أصل الأصحاب وعلى أصل

القفال: " قلت: وهما أصل واحد " . البيان ص ٥٦٣ . وقال الرافعي بعد ذكر تخريج

الوجهين على هذين الأصلين: " والمخرج أن يخرج الوجهين على قولي تقابل =

فرعن:

أحدهما: لو قال البائع: (بعت) ^(١) بألف درهم ، وقال المشتري اشتريت بخمس مائة وزق خمر ، وقلنا: القول ^(*) ^(٢) في سبب الفساد قول من ينفي ، فيحلف (البائع) ^(٣) بالله ما كان في العقد تسمية الخمر فينتفي ذلك ، وتبقى المنازعة بينهما في قدر الثمن (فيتحالفان) ^(٤) ^(٥)

الثاني: ^(٦) إذا قال: بعتك بألف ، فقال المشتري: اشتريت بألف رطل خمر ، فإن قلنا:

= الأصل والظاهر " فتح العزيز ٣٧٩/٤. قال النووي: ذكر جماعة من متأخري الخرسانيين أن كل مسألة تعارض فيها أصل وظاهر أو أصلان ففيهما قولان . قال: وهذا الإطلاق ليس على ظاهره . فإن لنا مسائل يعمل فيها بالظاهر بلا خلاف ، كشهادة عدلين . ومسائل يعمل فيها بالأصل بلا خلاف ، كمن ظن حدثا . قال: والصواب في الضابط ما حرره ابن الصلاح . فقال: إذا تعارض أصلان أو أصل وظاهر وجب النظر في التخريج ، كما في تعارض الداليل ، فإن تردد في الرجح فهي مسائل القولين . وإن ترجح دليل الظاهر حكم به بلا خلاف . وإن ترجح دليل أصلي حكم به بلا خلاف . قال السيوطي: فالأقسام حينئذ أربعة . الأول: ما يرجح فيه الأصل جزما .

الثاني: ما يرجح فيه الظاهر جزما . وضابطه: أن يستند إلى سبب منصوب شرعا . الثالث: ما يرجح فيه الأصل على الأصح . وضابطه: أن يستند الاحتمال إلى سبب ضعيف . ومن أمثلته: الدم الذي تراه الحامل هل هو حيض؟ قولان . أصحهما نهم ، لأن الأمر متردد بين كونه دم علة أو دم جبلة ، والأصل السلامة . والثاني: لا . لأن الغالب في الحامل عدم الحيض .

الرابع: ما ترجح فيه الظاهر على الأصل . بأن كان سببا قويا منضبطا . ومن فروعه: ما لو اختلف المتعاقدان في الصحة والفساد . فالأصح تصديق مدعى الصحة . لأن الظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشرع . والثاني: لا ، لقول الأصل عدمها . الأشباه والنظائر ص ٦٤-٦٧ .

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بعته " .

(٢) ما بين القوسين يوجد مكانه في ب " قول " وقد حذفت استقامة للسياق كما هو مثبت من الأصل .

(٣) ما بين القوسين سقط من ب .

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فيحلفان " .

(٥) انظر: فتح العزيز ٣٧٩/٤ ، روضة الطالبين ٥٧٧/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٧/٢ ، إخلاص النواي ١٢١/٢ ، الغرر البهية ٤٧/٣ ، مغنى المحتاج ٥٠٨/٢ .

(٦) أي الفرع الثاني . وقد فرعه المصنف بناء على الوجهين السابقين . وهذا التفرع هو الطريق الأول وهو الصحيح . والطريق الثاني: القطع بالفساد ، لأنه لم يقر بشيء ملزم . انظر: فتح العزيز ٣٧٩/٤ ، روضة الطالبين ٥٧٧/٣ .

في أصل المسألة القول قول من يدعي الفساد فهانذا كذلك ، وإن قلنا: القول قول من يدعي الصحة فإن اتفقا على أن إيجاب البائع سابق فيحكم بصحة العقد ، لأنه إذا أسقط تسمية الخمر يبقى قوله اشتريت ، فيترتب على إيجاب البائع. (وإن) ^(١) اتفقا أن لفظ المشتري سابق فلا يصح العقد ، (لأن) ^(٢) قوله اشتريت لا يوجب حكما ما لم يكن معه ذكر الثمن. ^(٣) وإن اختلفا في السابق منهما فالمسألة على وجهين. أحدهما: القول قول من يدعي الصحة ، والثاني: القول قول من يدعي الفساد.

السادسة: ^(٤) إذا اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً. فقال البائع: بعثك هذا العبد الواحد بألف ، وقال المشتري: بعثني العبد والجارية بألفين فيتحالفان ، لأن هذا تضمن اختلافاً في قدر المبيع وفي قدر ثمن العبد الذي أقر البائع بأنه باعه ، وأحد هذين الاختلافين يوجب التحالف فمجموعهما يوجب أيضاً. ^(٥)

فأما إذا قال: بعثك عبدي هذا بألف ، وقال المشتري: اشتريت جاريثك (هذه) ^(٦) بخمس مائة فهانذا (يحلفان) ^(٧) جميعاً ، ولكن حكم المسألة خلاف حكم مسألة التحالف، فإن (في) ^(٨) هذه (المسألة) ^(٩) كل واحد منهما يدعي عقداً لا تعلق له بالآخر وصاحبه ينكره ، فلا تسمع دعواهما في حالة واحدة ، (ويحلف كل منهما) ^(١٠)

(١) ما بين القوسين في ب " فإن " .

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فإن " .

(٣) انظر: المرجعين السابقين ، إ خلاص النواي ١٢٦/٢ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٧/٢ .

(٤) أي المسألة السادسة .

(٥) انظر: فتح العزيز ٣٧٦/٤ ، روضة الطالبين ٥٧٥/٣ .

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٧) ما بين القوسين في ب " يتحالفان " .

(٨) ما بين القوسين سقط من ب .

(٩) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(١٠) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

على النفي المجرد.^(١)

وفي المسائل المتقدمة (الدعوى)^(٢) (دعوى واحدة)^(٣) ، واليمين على النفي والإثبات على ما سنذكره^(٤)

(١) انظر: شرح منهج الطلاب مع حاشية الجمل عليه ٢١٢/٣-٢١٣ ، مغنى المحتاج ٢/٥٠٩ وجاء فيهما: لو اختلفا في عين المبيع والتَّمن معا كان يقول: بعثك هذا العبد بمائة درهم ، فيقول: بل هذه الجارية بعشرة دنانير فلا تحالف جزما إذ لم يتوارد على شيء مع أنهما اتفقا على بيع صحيح واختلفا في كيفية . بل يحلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه على الأصل ولا فسخ ، بل يرتفع العقد بحلفهما فيبقى العبد والجارية في يد البائع ولا شيء له على المشتري ، ويجب عليه رد ما قبضه منه إن قبله المشتري منه ، وإلا كمن أقر لشخص بشيء هو ينكره فيبقى تحت يد البائع إلى رجوع المشتري واعترافه به ، ويتصرف البائع فيه بحسب الظاهر ، أما في الباطن فالعبرة بما في نفس الأمر. ولو أقام البائع بينة أن المبيع هذا العبد والمشتري بينة أنه الأمة فلا تعارض ، إذ كل أثبت عقداً وهو لا يقتضي نفي غيره ، وحينئذ فتسلم الأمة للمشتري ، ويقر العبد بيده إن كان قبضه ، وإن كان بيد البائع ترك عنده على المعتمد خلافاً لمن قال: بأنه يجعل بيد القاضي.

قال الشيخ الجمل: وفيه نظر ، بل الذي ينبغي اعتماده أنه يجعل بيد القاضي ، لأنه ليس من باب أن يقر بشيء لغيره ، بل هذا إقرار على الغير لا له ، لأن البائع هنا أقر بشراء للغير يملكه بمال يلزم ذلك الغير للبائع .

وانظر أيضاً: أسنى المطالب ١١٥/٢ ، الغرر البهية مع حاشية الشيخ عبد الرحمن الشربيني عليه ٤٧/٣-٤٨ ، نهاية المحتاج مع حاشية الشيرازي عليه ١٦١/٤ .

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "دعوا واحد" والصحيح ما أثبت من ب.

(٤) بأن يقول البائع مثلاً: والله ما بعته بمائة ، بل بألف ، ويقول المشتري: والله ما اشتريته بألف بل بمائة. انظر: المخطوط ورقة ٧٤/ب ، الحاوي ٣٠١/٥ ، المهذب ١

٣٨٨/ ، فتح العزيز ٣٨٢/٤ ، الغرر البهية ٤٧/٣ .

وسياتي تفصيل ذلك في الفصل القادم في المسألة الثانية بمشيئة الله تعالى.

الفصل الثاني في كيفية اليمين

وفيه مسألتان^(١)

(إحداهما):^(٢) (يمن) ^(٣) يبدأ في اليمين؟ نص في كتاب البيوع أنه يبدأ بيمين البائع^(٤) ، وقال في الصداق: إذا اختلف (الزوجان) ^(٥) يبدأ بيمين الزوج ، والزوج في صورة المشتري ، (فإنه يملك) ^(٦) البضع^(٧) ، كما أن المشتري (يملك)^(٨) المبيع وبذل العوض ، وقال في كتاب الدعاوى: إن بدأ الحاكم بيمين البائع خير المشتري ، (وإن بدأ بيمين المشتري خير البائع)^(٩) ومقتضى هذه اللفظة أن الحاكم يبدأ بيمين أيهما شاء.^(١٠) فمن أصحابنا من أطلق في البيع والنكاح ثلاثة (أقوال)^(١١)^(١٢)

(١) قال الماوردي قبل أن يشرع في هاتين المسألتين: " إذا ثبت أن اختلاف المتبايعين يوجب التحالف مع بقاء السلعة وتلفها ، فالتحالف إنما يكون عند حاكم نافذ الحكم ، لأن الأتمان المستحقة في الدعاوى إنما تتعلق بها الأحكام عند الحكام ، ولو تحالفا لأنفسهما لم يكن لأيمانهما تأثير في فسخ ولا لزوم" الحاوي ٣٠٠/٥ .

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " إحداهما" .

(٣) ما بين القوسين في ب " من " .

(٤) وهكذا قال في السلم: يبدأ بيمين المسلم إليه . وهو بائع في الحقيقة ، وقال في المكاتب: إذا اختلفا يبدأ بيمين السيد . وهو بائع في الحقيقة . انظر: الحاوي ٣٠٠/٥ ، البيان ص ٥٤٤ ، الوجيز ٣٨٠/٤ ، فتح العزيز ٣٨١/٤ .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الزوجات" .

(٦) من بين القوسين في ب " لأنه ممتلك" .

(٧) البضع: بالضم يطلق على الفرج والجماع ويطلق على التزويج أيضاً كالنكاح يطلق على العقد والجماع ، والجمع: بضوع وأبضاع . انظر: المصباح المنير ص ٢٠ ، المعجم الوجيز ص ٥٤ .

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ملك" .

(٩) ما بين القوسين قد سقط من النسختين ، وهو مثبت كما بالصلب من أمهات الكتب حتى يستقيم السياق . انظر: المذهب ٣٨٧/١ ، الحاوي ٣٠٠/٥ ، البيان ص ٥٤٤ ، فتح العزيز ٣٨١/٤ .

(١٠) انظر: المراجع السابقة .

(١١) ما بين القوسين في ب " أقاويل " .

(١٢) وهذا هو الطريق الأول ، وهو الأصح ، وبه جزم النووي في المنهاج . انظر: فتح العزيز ٣٨١/٤ ، روضة الطالبين ٥٧٩/٣ ، منهاج الطالبين ٥٠٩/٢ - ٥١٠ .

أحدهما: أن في البيع والنكاح (جميعاً) ^(١) (يبدأ بالمتملك) ^(٢) وهو المشتري والزوج. **ووجهه:** أن البائع (يدعي) ^(٣) عليه زيادة ثمن ، والمرأة تدعي على الزوج زيادة مهر ، والأصل (براءة) ^(٤) ذمتها ، فيقوى جانبهما ^(٥) **والثاني:** (في البيع) ^(٦) يبدأ بالبائع ^(٧) ، وفي النكاح بالمرأة ، وبه قال أحمد ^(٨) (ووجهه) ^(٩) في البيع: الخبر الذي روينا عن (عبدالله) ^(١٠) بن مسعود " (فهو) ^(١١) ما يقول رب السلعة" ^(١٢) (فبدأ) ^(١٣) بالبائع ، (و) ^(١٤) لأن المشتري يدعي عليه

- (١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
- (٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " يبدوا بالتملك".
- (٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
- (٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " في" والصحيح ما أثبت من ب.
- (٥) وقال العمراني معللاً للبداية بيمين المشتري: " لأن جنبته أقوى قبل التحالف ، لأن المبيع على ملكه ، فكانت البداية به أولى ، كما لو ادعى رجل داراً في يد آخر" البيان ص ٥٤٥ وانظر أيضاً: المذهب ٣٨٧/١ ، الحاوي ٣٠٠/٥ ، فتح العزيز ٣٨١/٤ ، مغني المحتاج ٥١٠/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٣/٤ ، حاشية الشبراملسي ١٦٣/٤ .
- هذا ، وقد جزم المصنف بتقديم قول الزوج على قولنا بتقديم قول المشتري ، وهو أحد الوجهين ، والوجه الثاني: وهو القياس - كما قال الرافعي والنووي - تقديم قول المرأة. انظر: فتح العزيز ٣٨٢/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣ .
- (٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
- (٧) وهذا هو أظهر الأقوال الثلاثة من هذا الطريق - كما قال الرافعي والنووي ، وقال عنه الشيرازي: إنه الصحيح ، وقال عنه الماوردي: إنه الصحيح من المذهب. وبه جزم ابن المقرئ وذكرنا الأنصاري وغيرهما. انظر: المذهب ٣٨٧/١ ، فتح العزيز ٣٨١/٤ ، روضة الطالبين ٥٧٩/٣ ، الحاوي ٣٠١/٥ ، الغرر البهية ٤٨/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٨/٢ ، شرح مناهج الطلاب ٢١٤/٣ .
- (٨) انظر: مختصر الخرقى ٢٧٨/٦ وجاء فيه " والمبتدئ باليمين البائع" ، المغني ٦/٢٧٩ ، الروض المربع ص ٢٦٥ ، كشف القناع ٢٣٦/٣ .
- (٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وجوه".
- (١٠) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
- (١١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وهو" والصحيح ما أثبت من ب ، لأنه نص الحديث.
- (١٢) هو جزء من حديث سبق تخريجه ص ٥٠٠ من هذا البحث.
- (١٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فيبدأ" والصحيح ما أثبت من ب لاستقامة السياق به.
- (١٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

تملك (ماله بالقدر الذي أقر به ، والزوج تملك)^(١) البضع بقدر من الصداق ،
والمرأة تنكر فقوى جانبهما (فبدأنا بهما)^(٢)
والثالث: أنه يبدأ بأيهما شاء.^(٣)

ووجهه: أن كل واحد منهما (مدع)^(٤) من وجه (و)^(٥) مدعى عليه من وجه
فاستويا، ولم يكن لأحدهما على الآخر مزية^(٦) ، فبأيهما بدأ جاز.^(٧)

(١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٢) وقال الرافعي وغيره معللاً للبداية بيمين البائع: لأن جانبه أقوى ، لأن المبيع يعود
إليه بعد الفسخ المترتب على التحالف ، ولأن ملكه على الثمن قد تم بالعقد ، وملك
المشتري على المبيع لا يتم إلا بالقبض. انظر: فتح العزيز ٣٨١/٤ ، المذهب ٣٨٧/١-٣٨٨ ،
الحاوي ٣٠٠/٥ ، البيان ص ٥٤٥ ، شرح منهج الطلاب ٢١٤/٣ ، أسنى المطالب ١١٨/٢ ،
الغرر البهية ٤٨/٣ ، مغني المحتاج ٥٠٩/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٢/٤ ، إخلاص الناوي ١٢٢/٢ ،
كشف القناع ٢٣٦/٣ ، المغني ٢٨٠/٦ ، ومحل القول بتقديم البائع على هذا القول: ما إذا كان المبيع معيناً والثمن في الذمة ،
ومن ثم بدئ بالمشتري في عكس ذلك ، لأنه أقوى حينئذ.

وفيما إذا كانا معينين أو في الذمة يستويان ، فيتخير الحاكم بأن يجتهد في البداءة
بأيهما. انظر: فتح العزيز ٣٨٢/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣ ، الغرر البهية ٤٨/٣ ،
أسنى المطالب ١١٨/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٢/٤ ، شرح منهج الطلاب مع حاشية
الجمال عليه ٢١٤/٣.

وإذا قلنا: بأنه يقدم البائع على هذا الطريق ففي تحالف الزوجان في الصداق وجهان. x
أصحهما وأقربهما إلى النص: أنه يبدأ بالزوج . والثاني: يبدأ بالمرأة وبه جزم
المصنف. وإن قدمنا المشتري ، قال الرافعي والنووي: فالقياس انعكاس الوجهين .
فتح العزيز ٣٨٢/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣.

(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " مدعى " والصحيح ما أثبت من ب.

(٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٦) كما لو كان في يدهما دار فادعى كل واحد منهما ملك جميعها ، فإيهما يتحالفان ،
ويبدأ الحاكم بيمين من شاء منهما. انظر: البيان ص ٥٤٥ ، المذهب ٣٨٧/١ ،
الحاوي ٣٠٠/٥ ، فتح العزيز ٣٨١/٤ ، روضة الطالبين ٥٧٩/٣ ، منهاج الطالبين
مع مغني المحتاج ٥١٠/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٣/٤.

قال الشيخ أبو حامد عن هذا القول: " وهذا القول أقيس وإن كان الأول ظاهر
المذهب " البيان ص ٥٤٥ ، فتح العزيز ٣٨١/٤.

(٧) قول المصنف " فبأيهما بدأ جاز " هو أحد وجهين إذا قلنا: بالقول الثالث ، وهو
الأصح . والوجه الثاني: أنه يقرع بينهما ، كما لو حضرا معاً للدعوى فيبدأ بمن
خرجت قرعته. فتح العزيز ٣٨١/٤ ، روضة الطالبين ٥٧٩/٣-٥٨٠ ، منهاج
الطالبين ٥١٠/٢ ، مغني المحتاج ٥١٠/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٣/٤.

ومن أصحابنا من أجرى النصين على الظاهر^(١) ، وقال: هاهنا يبدأ بيمين البائع ، لأن الملك في المبيع كان له ويعود إليه بعد التحالف ، ومعظم^(٢) الركنين في (البيع المبيع)^(٣) فكانت البداية به أولى ، وفي (باب)^(٤) النكاح جانب الزوج أقوى ، لأن الملك في الصداق كان له ويعود إليه ، والمرأة لا يعود (الملك إليها)^(٥) في البضع.^(٦)

وأما الذي ذكره في الدعوى (أراد به):^(٧) إذا رأى الحاكم أن يبدأ به ففعله (خير)^(٨) المشتري بعد ذلك ، لأنه أولى بالبداية (به).^(٩) (١٠)

وهذا كله (خلاف)^(١١) في استحباب التقديم ، وأما الجواز (فبأيهما)^(١٢) بدأ يجوز.^(١٣)

(١) وهو الطريق الثاني. انظر: المذهب ٣٨٨/١ ، الحاوي ٣٠٠/٥ ، فتح العزيز ٤/٣٨١ ، البيان ص ٥٤٦.

(٢) معظم الشيء: أكثره وجّله. والجمع: معاظم. انظر: المعجم الوجيز ص ٤٢٤.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " المبيع البيع " والصحيح ما أثبت من ب.

(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٥) ما بين القوسين في ب " إليها الملك".

(٦) وفي هذا يقول الرافعي: وقد قرر هذا الطريق من وجهين. أحدهما: أن أثر تحالف الزوجين إنما يظهر في الصداق دون البضع ، والزوج هو الذي ينزل عن الصداق ، فكان كالبائع له. والثاني: أن تقديم البائع إنما كان لقوة جانبه بحصول المبيع له بعد التحالف ، وفي النكاح يبقى البضع للزوج. فتح العزيز ٣٨١/٤-٣٨٢ ، وانظر أيضاً: المذهب ٣٨٨/١ ، الوجيز ٣٨١/٤ ، البيان ص ٥٤٦.

(٧) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٨) ما بين القوسين سقط من ب.

(٩) ما بين القوسين سقط من ب.

(١٠) وفي هذا يقول الشيرازي: " والذي قال في الدعوى والبيّنات ليس بمذهب له ،

وإنما حكى ما فعله الحاكم باجتهاده ، لأنه موضع اجتهاد ، فقال : إن حلف الحاكم

البائع باجتهاده خير المشتري ، وإن حلف المشتري خير البائع". المذهب ٣٨٨/١.

وانظر أيضاً: الحاوي ٣٠١/٥ ، البيان ص ٥٤٦.

(١١) ما بين القوسين في ب " كلام".

(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فأيهما".

(١٣) وحكاية المصنف أن جميع ما ذكر خلاف في الاستحباب دون الاشتراط هو أحد

الوجهين ، وقد نص عليه كالمصنف الشيخ أبو حامد والبلغوي ، وبه جزم الرافعي

والنوّوي والرملي ، والوجه الثاني: أن الخلاف في الوجوب . واختاره المبكي.

انظر: الحاوي ٣٠١/٥ ، فتح العزيز ٣٨٢/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣ ، الغرر

البيهية ٤٧/٣ ، مغنى المحتاج ٥٠٩/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٢/٤ . هذا ، والقول بأن

جميع ما ذكر خلاف في استحباب التقديم هو ثاني ما حمل عليه نص الشافعي رضى

الله عنه في الدعوى. انظر: البيان ص ٥٤٦ ، فتح العزيز ٣٨٢/٤ .

الثانية^(١): كيف يحلفها؟ ظاهر ما نص هاهنا^(٢) أن كل واحد منهما يجمع في يمينه بين النفي والإثبات ، فيحلف البائع بالله ما بعث بخمس مائة وإنما بعث بألف ، ويحلف المشتري بالله ما اشتريت بألف ، وإنما اشتريت بخمس مائة .
وقال في كتاب الدعوى: إذا تداعيا داراً في أيديهما (يحلف)^(٣) كل واحد منهما على النفي^(٤).

فاختلف أصحابنا على طريقين. (فمنهم)^(٥) من نقل الجواب وجعل المسألتين على قولين^(٦). (أحدهما)^(٧) أن كل واحد منهما يحلف على النفي والإثبات جميعاً ، لأن (قول)^(٨) كل واحد منهما يُضَمَّن نفيًا وإثباتًا ، فالبائع ينفي البيع بخمس مائة ، والمشتري على العكس ، وفي الدعوى كل واحد يدعى الملك لنفسه في النصف الذي في يد صاحبه ، وينفي حق صاحبه (في)^(٩) النصف الذي في يده . والقول الثاني: أنه يحلف على النفي المجرد في التحالف والدعوى جميعاً^(١٠) ، لأن الأصل في الأيمان النفي ، ولا يحلف على الإثبات إلا عند ظهور قوة في (جانبه)^(١١) من نكول أو لوث^(١٢) أو شهادة شاهد ، ولم يوجد هاهنا في حق واحد منهما ما يوجب تقوية جانبه ، فقلنا : يكون اليمين على (النفي)^(١٣) المجرد^(١٤).

(١) أي المسألة الثانية.

(٢) أي ظاهر ما نص عليه الشافعي رحمه الله في باب اختلاف المتبايعين. انظر: مختصر المزني ٩٦/٩.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فحلف".

(٤) أي على نفي استحقاق صاحبه ما في يده ، فلو حلف أحدهما ونكل الآخر ، فالحالف يحلف يميناً أخرى للإثبات. انظر: الحاوي ٣٠١/٥ ، البيان ص ٥٤٧ ، فتح العزيز ٤/٣٨٢ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣.

(٥) ما بين القوسين في ب " منهم".

(٦) وهذا هو الطريق الأول ، وبه جزم الماوردي . انظر: الحاوي ٣٠١/٥.

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " إحداهما".

(٨) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " عن".

(١٠) وهو قول أبي العباس ابن سريج - كما نقله عنه الماوردي. انظر: المرجع السابق.

(١١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " جانب" والصحيح ما أثبت من ب.

(١٢) اللوث: البينة الضعيفة غير الكاملة. ومنه قيل للرجل الضعيف العقل: اللوث. وفيه لوثة بالفتح. أي حماقة. انظر: الزاهر ص ٤٩٠ ، المصباح المنير ص ٢١٤.

(١٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(١٤) انظر: المهذب ٣٨٨/١ ، الحاوي ٣٠١/٥ ، البيان ص ٥٤٧ ، الوجيز ٣٨١/٤ ، فتح العزيز ٣٨٢/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣.

ومن أصحابنا من أجرى النصين على الظاهر^(١) ، وفرق بين المسألتين ، بأن في مسألة الدار المثبت يتميز عن المنفي ، بدليل (أن كل واحد منهما لو حلف سلم له ما في يده ، وهاهنا المثبت لا يتميز عن المنفي ، بدليل)^(٢) أنهما إذا تحالفا لا يبقى في حق أحدهما العقد الذي أثبتته ، بل يفسخ العقد ، (فإذا)^(٣) لم يمكن تمييز أحدهما عن الآخر (كانت)^(٤) الدعوى (دعوى)^(٥) (واحدة)^(٦) تتضمن نفياً وإثباتاً ، فجمعنا بين الأمرين^(٧) .

- (١) وهذا هو الطريق الثاني ، وهو الصحيح . انظر: فتح العزيز ٣٨٢/٤ .
 (٢) ما بين القوسين مثبت من ب وقد سقط من الأصل ، علماً بأن ما أثبت من ب قد كرر مرتين ، فحذف أحد هذين التكرارين .
 (٣) ما بين القوسين في ب " وإذا " .
 (٤) ما بين القوسين في النسختين " كان " والأولى ما أثبت بالصلب .
 (٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " دعوا " .
 (٦) ما بين القوسين في النسختين " واحداً " والصحيح ما أثبت بالصلب ، حتى يستقيم السياق .

(٧) وفي هذا يقول الرافعي: " والفرق أن منفي كل واحد منهما في ضمن مثبته ، لأن العقد واحد بالاتفاق ، والتنازع في صفته ، فكان الدعوى واحدة ، فجاز التعرض في اليمين الواحدة للنفي والإثبات ، وفي مسألة الدار منفي كل واحد منهما ممتاز عن مثبته ، فلا معنى ليمينه على الإثبات قبل نكول صاحبه " فتح العزيز ٣٨٢/٤ ، وانظر أيضاً: البيان ص ٥٤٨ .

هذا ، وقد لخص الإمام النووي ما نحن بصدد في كلمة وجيزة فقال: " المذهب وظاهر النص الاكتفاء بيمين واحدة من كل واحد تجمع النفي والإثبات ، فيقول البائع: ما بعث بخمسمائة ، وإنما بعث بألف . ويقول المشتري: ما اشتريت بألف ، وإنما اشتريت بخمسمائة . وفيه قول ضعيف مخرج: أنه يحلف أولاً على مجرد النفي " روضة الطالبين ٥٨٠/٣ . وبظاهر النص والمعبر عنه بالمذهب جزم به ابن المقري وغيره . انظر: روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٨/٢ ، شرح منهج الطلاب ٣/٢١٣ ، وانظر أيضاً في حكاية المسألة: منهاج الطالبين مع مغنى المحتاج ٥١٠/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٣/٤ ، شرح جلال الدين المحلى ومعه حاشية قليوبي وعميرة عليه ٢٩٨-٢٩٧/٢ .

هذا ، وينبغي أن يعلم أن تخريج قول ما نحن فيه في مسألة الدار قال به الأكثرون ، حتى يكون قولان بالنقل والتخريج . وقال الشيخ أبو حامد والإمام: لا تخريج في مسألة التداعي في الدار ، وإنما هي على قول واحد . قال الرافعي عن قوليهما: " وهو الحق ، لأن كل واحد منهما لا يحتاج فيما في يده إلى الإثبات ، واليمين على الإثبات يمين الرد ، فكيف يحلف الأول يمين الرد وصاحبه لم ينكل بعد ، وكيف يحلفها الثاني وقد حلف صاحبه " فتح العزيز ٣٨٨/٤ . وانظر أيضاً: البيان ص ٥٤٨ .

فروع أربعة.

أحدهما: إذا قلنا: يجمع في يمينه بين النفي والإثبات في مسألة الاختلاف فأيهما حلف ونكل الآخر قضينا للحالف على وفق يمينه^(١).
 الثاني: (٢) إذا قلنا: يحلف على النفي المجرد فلو عرضنا اليمين على أحدهما (فنكل) (٣) فالثاني يحلف على (النفي) (٤) والإثبات ونقضي له.
 فأما إذا عرضنا اليمين على أحدهما فحلف على النفي ثم نكل الآخر عن اليمين فرد عليه اليمين حتى يحلف على الإثبات ، كما في سائر الدعاوى ونقضي له^(٥).
 الثالث: (٦) إذا قلنا: يجمع في يمينه بين النفي والإثبات فيبدأ بالنفي أولاً ، ثم (يرتب) (٧) عليه الإثبات ، لأن الأصل في الأيمان النفي^(٨) ولو قدم الإثبات على النفي صححت يمينه.

(١) سواء نكل عن النفي والإثبات جميعاً ، أو عن أحدهما ، والنكول عن البعض كهو عن الكل. انظر: المهذب ٣٨٨/١ ، فتح العزيز ٣٨٣/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٩/٢.

(٢) أي الفرع الثاني.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ونكل".

(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من صلب الأصل حيث قد أشير إلى هذا السقط في جانب اللوحة من نفس النسخة.

(٥) وإن نكل عن الإثبات لم يقض له ، لاحتمال صدقه في نفي ما يدعيه صاحبه ، وكذبه فيما يدعيه . ويكون كما لو تحالفا - كما نقله الرافعي عن الشيخ أبي محمد - لأن نكول المردود عليه عن يمين الرد نازل في الدعاوى منزلة حلف الناكل أولاً. انظر: المهذب ٣٨٨/١ ، البيان ص ٥٤٩-٥٥٠ ، الحاوي ٣٠٢/٥-٣٠٣ ، فتح العزيز ٣٨٣/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣-٥٨١ .

(٦) أي الفرع الثالث.

(٧) ما بين القوسين في ب " يعرض".

(٨) ولا يكون اليمين على الإثبات إلا عند نكول المدعى عليه ، أو على سبيل التبع للنفي. وهذا هو الوجه الأول في المسألة ، وبه جزم المصنف ، وكذا جزم به النووي أيضاً في المنهاج ، وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه - كما قال الماوردي - وقال العمراني: وبه قال عامة الأصحاب . وهو الصحيح. وقال الشيرازي: إنه المذهب. انظر: المهذب ٣٨٨/١ ، الحاوي ٣٠٢/٥ ، البيان ص ٥٤٩ ، فتح العزيز ٣٨٣/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣ ، منهاج الطالبين ٥١٠/٢ ، شرح منهج الطلاب ٢١٤/٣ . والوجه الثاني: وبه قال أبو سعيد الإصطخري ، أنه يبدأ بالإثبات قبل النفي ، لأنه المقصود ، والنفي تبع ، فوجب أن يبدأ بالمقصود قبل التبع، كما أن اليمين في اللعان يبدأ فيها بالإثبات قبل النفي.
 قال الشيرازي والعمراني: والقياس على اللعان لا يصح ، لأن اللعان لا أصل له في البداية بالنفي.

والوجه الثالث: أن البائع يحلف فيقول: والله ما بعث هذا العبد إلا بألف ، ويحلف المشتري فيقول: والله ما اشتريته إلا بخمسمائة ، لأن هذا أسرع إلى فصل القضاء =

فأما إذا قلنا : يحلف على النفي المجرد فلو أضاف إليه الإثبات كان لغواً ، ولا يقدر
في يمينه ، وإن حلف على الإثبات لم يعتد بيمينه^(١)
الرابع: ^(٢) في مسألة الدار إذا قلنا: يجمع في اليمين بين النفي والإثبات^(٣) فأيهما
حلف ونكل الآخر قضينا بجملة الدار للحالف^(٤).

= وقد نسب الماوردي هذا الوجه إلى بعض البصريين ، ونسبه الشيخ زكريا
الأنصاري وغيره إلى الصميري. انظر: الحاوي ٣٠٢/٥ ، المهذب ٣٨٨/١ ، البيان
ص ٥٤٩ ، فتح العزيز ٣٨٣/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣ ، أسنى المطالب
١١٨/٢ - ١١٩ ، مغنى المحتاج ٥١٠/٢ ، حاشية الجمل ٢١٤/٣.

وهل هذا الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق؟ وجهان. أصحهما: أنه خلاف في
الاستحباب. وبه جزم المصنف حيث قال: "ولو قدم الإثبات على النفي صحت
يمينه"، وكذا جزم به غيره ، لأنه المقصود ، ولحصول الغرض بكل من الأمرين.
والوجه الثاني: أنه خلاف في الاستحقاق. وقد نقل الإمام والغزالي الاتفاق على ذلك.
قال الإمام: طرق الأصحاب متفقة على الاشتراط.

قال السبكي عن الوجه الثاني: وهو الأقرب لكلام الشافعي والأصحاب. انظر: فتح
العزيز ٣٨٣/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب
١١٩/٢ ، الغرر البهية ٤٧/٣ ، حاشية الجمل ٢١٤/٣ ، نهاية المحتاج ١٦٣/٤.

(١) انظر: فتح العزيز ٣٨٣/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٠/٣.

هذا، ولو حلف على النفي. فوجهان.

أصحهما: يكفي ذلك ، ولا حاجة بعده إلى يمين الإثبات ، لأن المحوج إلى الفسخ
جهالة الثمن وقد حصلت.

والثاني: تعرض يمين الإثبات عليها ، فإن حلفا تم التحالف ، وإن نكل أحدهما قضى
للحالف.

وإن عرضت اليمين عليها فنكلا جميعاً ولو عن النفي فقط فوجهان.

أحدهما: أن تناكلهما كتتحالفهما ، كما أنه إذا تداعى رجلان مولوداً كان ذلك
كتتحالفهما.

والثاني: يوقف الأمر وكأتهما تركا الخصومة.

قال النووي: "والأصح اختيار التوقف" ، وبه جزم الماوردي وغيره ، وعليه
اقتصر الأربيلي. انظر: فتح العزيز ٣٨٣/٤ ، روضة الطالبين ٥٨١/٣ ، الحاوي ٥/٥
٣٠٢ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٩/٢.

(٢) أي الفرع الرابع.

(٣) وهذا هو القول المخرج من مسألة الباب - باب اختلاف المتبايعين - وقد أنكره
الشيخ أبو حامد والإمام ، وهو الحق - كما سبق ذكره. انظر: ص ٥٢ من هذا البحث.

(٤) لتمام حجته. انظر: فتح العزيز ٣٨٣/٤ ، أسنى المطالب ١١٩/٢.

(فأما) ^(١) إذا قلنا: يحلف على مجرد النفي (فيبدأ) ^(٢) أحدهما بالدعوى (ويحلف) ^(٣) المنكر على النفي ، فإن حلف سلم له النصف الذي في يده ، ثم يدعي الحالف النصف الآخر ، فإن حلف بقيت الدار بينهما ، وإن نكل ترد اليمين على الذي حلف. ويحلف (على) ^(٤) الإثبات ، ويستحق جميع الدار.

(فأما) ^(٥) إن نكل الأول ترد اليمين على المدعى ويحلف على الإثبات ويقضي له (بالنصف) ^(٦) الذي في يد صاحبه ، ثم يدعى الناكل (النصف) ^(٧) الذي في يده ، فإن حلف سلمت له جملة الدار ، وإن نكل ترد اليمين (على) ^(٨) المدعى فيحلف (وتجعل) ^(٩) الدار بينهما نصفين. ^(١٠)

-
- (١) ما بين القوسين في ب " وأما " .
 - (٢) ما بين القوسين في ب " فيبدأ " .
 - (٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فيحلف " .
 - (٤) ما بين القوسين سقط من ب .
 - (٥) ما بين القوسين في ب " وأما " .
 - (٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بنصف " .
 - (٧) ما بين القوسين سقط من ب .
 - (٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " إلى " .
 - (٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وتحصل " .
 - (١٠) انظر: فتح العزيز ٣٨٢/٤ ، المهذب ٣٩٧/٢ ، ٤٠٦ .

الفصل الثالث

في حكم (البيع) ^(١) بعد التحالف ^(٢)

والمذهب الصحيح أن البيع لا يفسخ (بالتحالف) ^(٣) ^(٤) لأن الشافعي (رحمه الله) ^(٥) قد ذكر فإذا حلفا معا قيل للمشتري: أنت بالخيار (في أخذه) ^(٦) (بألف) ^(٧) أو رده ^(٨) وإنما يمكنه (الرضا) ^(٩) به إذا كان العقد باقياً.

(ووجهه: أن) ^(١٠) أكثر ما في اختلافهما وتحالفهما أن المشتري جدد الشراء بألف وحلف عليه ، والبائع جدد (البيع) ^(١١) بخمس مائة وحلف عليه ، والمشتري لو جدد أصل الشراء وقال: ما اشتريت وحلف ، أو البائع جدد أصل البيع وحلف عليه لا يفسخ العقد (فهاهنا أولى ، وأيضاً فإن كل واحد منهما لو أقام البينة لا يفسخ العقد) ^(١٢) والبينة أقوى من اليمين ^(١٣)

(١) ما بين القوسين في ب "المنيع".
(٢) قال الشيرازي وغيره قبل الشروع في بيان حكم هذا الفصل: "وإذا تحالفا وجب فسخ البيع ، لأنه لا يمكن إمضاء العقد مع التحالف"
المهذب ٣٨٨/١ ، البيان ص ٥٥١ .

وبعد هذا ، فقد بدأ المصنف في بيان حكم العقد بعد التحالف ، هل يفسخ بنفس التحالف أو يفتقر إلى الفسخ؟

(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
(٤) انظر: المهذب ٣٨٨/١ ، البيان ص ٥٥١ ، الحاوي ٣٠٣/٥ ، فتح العزيز ٣٨٤/٤ ، روضة الطالبين ٥٨١/٣ ، منهاج الطالبين ٥١٠/٢ ، روض الطالب ١١٩/٢ ، وفيه الجزم بذلك.

(٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "بأخذه".
(٧) ما بين القوسين سقط من ب.
(٨) انظر قول الشافعي رضي الله عنه بنصه كما نقله عنه المصنف مختصر المزني ٩٦/٩ .

(٩) ما بين القوسين في ب "الرضى".
(١٠) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "وجهه أنه".
(١١) ما بين القوسين في ب "التمن".
(١٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(١٣) وقال الماوردي في تعليقه: "لأن كل واحد منهما يقصد بيمينه إثبات الملك ، فلم يجز أن تكون موجبة لفسخ الملك ، لأنهما ضدان" الحاوي ٣٠٣/٥ . وقال العمراني والشيرازي في تعليقه: لأن العقد وقع صحيحاً في الباطن ، لأنه وقع على ثمن معلوم ، فتداعيهما وتعارضهما باليمين لا يوجب فسخه ، كما لو أقام كل واحد منهما بينة فإن البيع لا يفسخ وإن كانت التهمة منتقبة عن البينة ، فلئلا يفسخ بأيمانهما والتهمة غير منتقبة عنهما أولى. المهذب ٣٨٨/١ ، البيان ص ٥٥١ ، وانظر أيضاً: فتح العزيز ٣٨٤/٤ ، أسنى المطالب ١١٩/٢ ، مغنى المحتاج ٥١٠/٢-٥١١ ، حاشية الرملي الكبير ١١٩/٢ .

وفي المسألة طريقة أخرى^(١). أنه يرتفع العقد من أصله ويصير كأنه لم ينعقد^(٢)، وإليه أشار المزني في مختصره، حيث قال: (فيصيران)^(٣) في معنى من لم يتبايعا^(٤).

(وجهه):^(٥) أن يمينهما ثبت أن هذا الاختلاف كان عند العقد، فيصير كأن البائع قال: بعث بألف، والمشتري قال: (قبلت)^(٦) بخمس مائة. ولو جرى الأمر في الابتداء على هذا الوجه لم ينعقد العقد^(٧)، ويخالف ما لو أقاموا البيعة، لأن حكم البيعتين عند التعارض التساقط، فيصير كأن لا بيعة، وأما اليمين لا يجوز فيها التعارض والتساقط.

فروع تسعة.

أحدها: إذا (كان قد حصل)^(٨) زوائد بعد العقد إما من العين مثل الولد والنتاج والثمرة (والبيضة)^(٩) واللبن، أو لا من عينه مثل الكسب والغلة. فإن قلنا: تبين أن

(١) وعبر عن ذلك الشيرازي والماوردي والرافعي والنووي وغيرهم بالوجه، ونسبه النووي إلى أبي بكر الفارسي. انظر: المذهب ٢٨٨/١، الحاوي ٣٠٣/٥، فتح العزيز ٣٨٤/٤، روضة الطالبين ٥٨١/٣.

(٢) وبعبارة أخرى- كما ذكر غير المصنف- أن العقد يفسخ بنفس التحالف. انظر: المراجع السابقة، البيان ص ٥٥١، شرح جلال الدين المحلي ٢٩٨/٢. وكلا التعبيرين بمعنى واحد.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فيصيرا" والصحيح ما أثبت من ب.

(٤) انظر: مختصر المزني ٩٦/٩.

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وجهه".

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بعث".

(٧) ولأنه بالتحالف صار الثمن مجهولاً، والبيع لا يثبت مع جهالة العوض، فوجب أن يفسخ، ولأنه كما يفسخ النكاح بنفس تحالف المتلاعنين فالعقد يفسخ هنا كذلك، ولأن التحالف يحقق ما قاله. انظر: المذهب ٢٨٨/١، الحاوي ٣٠٣/٥، البيان ص ٥٥١، فتح العزيز ٣٨٤/٤.

وبناء على هذا الوجه، فإن المبيع يرد إلى البائع، فلو تصادقا على أخذ الثمن لم يعد البيع نافذاً، بل لابد من تجديد العقد. انظر: الحاوي ٣٠٣/٥، البيان ص ٥٥١، فتح العزيز ٣٨٤/٤، روضة الطالبين ٥٨١/٣.

وهل يفسخ في الحال أم تبين ارتقاعه من أصله؟ فيه وجهان.

أصحهما: أنه يفسخ في الحال، لظهور تصرفات المشتري قبل الاختلاف، والثاني: أنه يفسخ من أصله، وبه جزم المصنف - كما هو الظاهر من قوله. انظر: فتح العزيز ٣٨٤/٤، روضة الطالبين ٥٨١/٣.

(٨) ما بين القوسين في ب " كانت قد حصلت".

(٩) ما بين القوسين في ب " والبيض".

لا عقد (فيجب) ^(١) رد الجميع على البائع . وإذا قلنا: يفسخ بعد التحالف فالزوائد ^(٢) كلها (المشتري). ^(٣)(٤)

الثاني: ^(٥) إذا قلنا: لا بد من الفسخ فالصحيح من المذهب أن الحاكم يعرض الرأي عليهما بعد اختلافهما وتحالفهما ، فإن رضى أحدهما بما قال الآخر أمضى العقد بينهما ، وإن أصر على المنازعة والاختلاف يفسخ الحاكم العقد بينهما . وإنما قلنا ذلك: لأن الحاكم ما بقى له طريق يصل إليه في فصل الخصومة بينهما ، وليس يمكنه تركهما على الخصومة ، لأنه يؤدي إلى الفتنة وطول المشاجرة ، فيفسخ العقد بينهما بالضرورة ، حتى تنقطع المنازعة. ^(٦)

(١) ما بين القوسين مثبت من ب وفي الأصل " فيتبين " .

(٢) من بداية قول المصنف " فالزوائد ... " بداية الانقطاع مرة ثالثة من النسخة ب وينتهي هذا السقط إلى ما قبل نهاية الفرع السادس من هذا الفصل بخمسة سطور تقريباً .

(٣) ما بين القوسين في الأصل " على المشتري " ولعل الصحيح ما هو مثبت في الصلب حتى يستقيم السياق . وحتى يوافق ما ذكره غير المصنف من الأئمة الشافعية في الزوائد المنفصلة .

(٤) هكذا ذكر المصنف هذا الفرع ، مفرقاً فيه بين ما إذا انفسخ البيع بعد التحالف وبين ما إذا تبين أن لا عقد فانفسخ بمجرد التحالف ، وأثبت الحكم مغايراً في كل حالة . أما غيره من الأئمة الشافعية - فيما اطلعت عليه - فلم يفرقوا بين انفساخ البيع بمجرد التحالف وبين انفساخه بعد التحالف وأثبتوا الزيادة المنفصلة مطلقاً للمشتري . وقد أوردوا هذا الفرع كالاتي :

إذا انفسخ البيع بالتحالف ، أو فسخ ، لزم المشتري رد المبيع إن كان باقياً بحاله ، ويبقى له الزوائد المنفصلة قبل الفسخ ولو قبل القبض فلا يلزمه ردها ، لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله ، بخلاف الزيادة المتصلة ، لأنها تابعة للأصل .

وإن كان المبيع تالفاً لزم المشتري قيمته سواء كانت أكثر من الثمن الذي يدعيه البائع أم لا ، وفي وجه ضعيف لابن خيران : لا يستحق البائع زيادة على ما ادعاه . انظر : فتح العزيز ٣٨٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٢/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٩/٢ ، شرح منهج الطلاب مع حاشية الجمل عليه ٢١٥/٣ ، الغرر البهية ٥٠/٣ ، مغنى المحتاج ٥١١/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٥/٤ .

(٥) أي الفرع الثاني .

(٦) ولأنه فسخ مجتهد فيه ، فافتقر إلى فسخ الحاكم ، كفسخ النكاح بالعنة وعيوب الزوجين . وهذا هو الوجه الأول ، وقد صححه المصنف وجمع .

وقال النووي : إنه مقابل الأصح ، بل قد ضعفه في المنهاج . انظر : المذهب ٣٨٨/١ ، الحاوي ٣٠٣/٥ ، البيان ص ٥٥٢ ، فتح العزيز ٣٨٤/٤ ، روضة الطالبين ٥٨١/٣ ، منهاج الطالبين مع مغنى المحتاج عليه ٥١١/٢ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٩/٢ .

وفيه وجه آخر: أن لكل واحد من المتبايعين فسخ العقد ، لأن كل واحد من المتبايعين يزعم (أنه) ^(١) قد لحقته ظلامة ، فيلحق ذلك بخيار العيب ، ولو تبادلا عرضا بعرض ووجد كل واحد منهما بالذي في يده (عيبا) ^(٢) له أن يفسخ العقد فكذا هاهنا ^(٣)

الثالث: ^(٤) إذا قلنا: إن العقد يرتفع من أصله فلو كان المشتري قد تصرف في المبيع بعق أو بيع أو هبة لا تبطل تلك التصرفات ، لأننا نجعل كأن العقد لم يكن بين المتعاقدين بيمينهما ، فأما (ما) ^(٥) يتصل بحق ثالث فلا يجعل ليمينهما حكم ، وصار كرجل اشترى عبدا وباع من آخر ، ثم إن المشتري الأول مع البائع الأول اتفقا أن العبد حر الأصل نحكم بارتفاع العقد بينهما من الأصل ، حتى يجب على البائع رد الثمن على المشتري ، وعلى المشتري رد ما في يده من إكسابه على الأيام ، ولكن لا يقبل قولهما في حق المشتري الثاني حتى لا ينتزع العبد من يده. ^(٦)

(١) ما بين القوسين في الأصل " أن".

(٢) ما بين القوسين في الأصل " عينا" والصحيح ما أثبت في الصلب.

(٣) وهذا هو الوجه الثاني ، وهو الأصح عند الرافعي والنووي.

قال النووي: " وأصحهما: للعاقدين أيضا أن يفسخا ، ولأحدهما أن ينفرد به كالفسخ بالعيب. قال الإمام: وإذا قلنا: الحاكم هو الذي يفسخ فذاك إن استمرا على النزاع ولم يفسخا ، أو التمسوا الفسخ ، أما إذا عرضا عن الخصومة ، ولم يتفقا على شيء ولا فسخا ففيه تردد" روضة الطالبين ٥٨١/٣ - ٥٨٢. وانظر أيضا: فتح العزيز ٣٨٤/٤. هذا، وقد قطع بعضهم في حالة الإعراض عن الخصومة بأن الحاكم ليس له الفسخ حينئذ ، وقد صحح آخرون بأن له أن يفسخ في هذه الحالة. انظر: إخلاص الناوي ١٢٣/٢ ، أسنى المطالب ١١٩/٢ ، حاشية الرملي الكبير ١١٩/٢ ، حاشية ابن قاسم العبادي ٤٨/٣. وانظر أيضا في حكاية وجهي المسألة: المهذب ٣٨٨/١ ، الحاوي ٣٠٣/٥ ، البيان ص ٥٥٢.

(٤) أي الفرع الثالث.

(٥) ما بين القوسين في الأصل " فما" والصحيح ما أثبت بالصلب حتى يستقيم السياق.

(٦) هكذا عبر المصنف عن هذا الفرع ، وهو تعبير صحيح موافق لما ذكره غير من الأئمة الشافعية ، لكنهم عبروا عنه بشكل آخر ، وهو كالآتي:-

إذا انفسخ البيع بالتحالف أو فسخ لزم المشتري رد المبيع إن كان باقيا ، ويبقى له الولد والثمرة والكسب والمهر . وإن كان تالفا لزمه قيمته ، سواء كانت أكثر من الثمن الذي يدعيه البائع أم لا . وفي وجه ضعيف لابن خيران لا يستحق البائع زيادة على ما ادعاه.

ثم التفت قد يكون حكما بأن وقف المبيع ، أو اعتقه ، أو باعه ، أو وهبه وأقبضه ، فتجب القيمة إن كان متقوما ، ومثله إن كان مثليا على المشهور ، وهذه التصرفات =

الرابع^(١): إذا قلنا يرتفع العقد بالتحالف ، أو قلنا: يفسخ ، فهل يرتفع العقد ظاهر و باطناً ؟ فيه ثلاثة أوجه. أحدها: يرتفع ظاهراً وباطناً ، (لأنه)^(٢) شبيه استدراك الظلامة ودفع العيب ، فصار كالفسخ بالعيب^(٣)

والثاني: (ينفسخ)^(٤) في الظاهر دون الباطن ، لأن هذا فسخ لتعذر إمضاء العقد بينهما^(٥) ، وإلا فالعقد صحيح في الباطن ، فيفسخ في الظاهر لتقطع المنازعة ، فأما في الباطن فلا يرتفع.

الثالث: إن كان البائع صادقاً والمشتري كاذباً فيفسخ ظاهراً وباطناً ، لأنه تعذر

= ماضية على الصحة. وعن أبي بكر الفارسي: أنه يتبين بجريان التحالف فسادها ، وترد العين. قال النووي: والصحيح الأول ، وبه جزم كثيرون. انظر: البيان ص ٥٥٥ ، فتح العزيز ٣٨٥/٤ - ٣٨٧ ، المهذب ٣٨٩/١ ، الحاوي ٣٠٤/٥ ، روضة الطالبين ٥٨٢/٣ - ٥٨٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١٢٠/٢ ، شرح منهج الطلاب ٢١٦/٣ ، منهاج الطالبين مع مغنى المحتاج عليه ٥١١/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٥/٤ .

(١) أى الفرع الرابع.

(٢) ما بين القوسين في الأصل " لأن " .

(٣) وصار أيضاً كالفسخ باللعان ، وكالفسخ عند تحالف الزوجين في نكاح الولي ، فإن ذلك يقع ظاهراً وباطناً.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون البائع ظالماً أو مظلوماً. وهذا الوجه جزم به ابن المقرئ في روض الطالب ، ورجحه السبكي. انظر: المهذب ٣٨٨/١ ، الحاوي ٣٠٣/٥ ، البيان ص ٥٥٣ ، فتح العزيز ٣٨٥/٤ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٩/٢ .

(٤) ما بين القوسين في الأصل " ينفذ " ولعل الصواب ما أثبت بالصلب حتى يستقيم السياق دون تأويل ، كما سيتضح ذلك من خلال قراءته ، وكما هو موافق لتعبير غير المصنف من الأئمة الشافعية.

(٥) لعدم الوقوف على الثمن.

قال الشيرازي: " والثاني: أنه يفسخ في الظاهر دون الباطن ، لأن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن ، والثمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر ، فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن " المهذب ٣٨٨/١ ، وانظر أيضاً: البيان ص ٥٥٣ ، فتح العزيز ٣٨٤/٤ - ٣٨٥ .

وقال الماوردي معللاً لهذا الوجه: " لأنهما يتفقان مع الاختلاف على صحة العقد وانتقال الملك ، وحكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه في الباطن " الحاوي ٣٠٣/٥ .

ولا فرق أيضاً على هذا الوجه بين أن يكون البائع ظالماً أو مظلوماً. انظر المرجع السابق.

وصوله إلى الثمن ، وتعدر وصول البائع إلى الثمن سبب لرفع العقد ، كما لو أفلس بالثمن ، فكذا إذا امتنع من أداء الثمن على اختلاف سنذكره^(١).

وإن كان البائع كاذباً فيفسخ في الظاهر دون الباطن ، لأنه قادر على تسليم المبيع ، واستيفاء الثمن ، فلا يعود حقه في المبيع بسبب عدوان وظلم يوجد منه ، وهو طلب الزيادة^(٢).

الخامس^(٣): إذا قلنا: ينفذ الفسخ ظاهراً وباطناً^(٤) فيعود البائع بمطلق التصرف في المبيع ، حتى لو كانت جارية يحل له (وطوها)^(٥)^(٦).

وإن قلنا: يرتفع العقد في (الظاهر دون الباطن)^(٧) نظرنا. فإن كان البائع كاذباً لم يجر له التصرف في المبيع أصلاً ، ولكن عليه التسليم إلى المشتري والمطالبة بحقه

(١) وقد سبق تفصيل الكلام عما إذا امتنع البائع من تسليم المبيع حتى يقبض الثمن ، وعما إذا امتنع المشتري من تسليم الثمن حتى يقبض المبيع ص ١٦٩-١٧٣ من الرسالة.

(٢) انظر: المهذب ٣٨٨/١-٣٨٩ ، الحاوي ٣٠٤/٥ ، البيان ص ٥٥٣ ، فتح العزيز ٣٨٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٢/٣.

هذا ، وينبغي أن يعلم أن الخلاف السابق جرى دون خلاف بين أحد من الشافعية إذا قلنا: بإيقاع الفسخ بعد التحالف. أما إذا قلنا بأن العقد يفسخ بمجرد التحالف فعلى وجهين. الوجه الأول: أن هذا الخلاف جرى فيه أيضاً ، وبه جزم المصنف والشييرازي الماوردي والعمراني وغيرهم. والوجه الثاني: الجزم بإرتقاع العقد باطناً. انظر: المهذب ٣٨٨/١ ، الحاوي ٣٠٣/٥ ، البيان ص ٥٥٣ ، فتح العزيز ٣٨٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٢/٣.

هذا ، وقد قال الإمام: إن صدر الفسخ من المحق فالوجه تنفيذه باطناً ، وإن صدر من المبطل فالوجه منعه ، وإن صدر منهما جميعاً فلا شك في الانفساخ باطناً ، وليس ذلك موضع الخلاف. قال الغزالي: ويكون كما لو تقايلا.

وإذا صدر من المبطل ولم ينفذه باطناً فطريق الصادق إنشاء الفسخ إن أراد الملك فيما عاد إليه. وإن صدر من القاضي فالظاهر الانفساخ باطناً لينتفع به المحق.

انظر: فتح العزيز ٣٨٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٢/٣.

(٣) أي الفرع الخامس.

(٤) أو كان البائع مظلوماً على الوجه الثالث. انظر: الحاوي ٣٠٤/٥ ، البيان ص ٥٥٣.

(٥) ما بين القوسين في الأصل "وطئها"

(٦) انظر: المهذب ٣٨٩/١ ، الحاوي ٣٠٣/٥ - ٣٠٤ ، البيان ص ٥٥٣ ، فتح العزيز ٣٨٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٢/٣ ، أسنى المطالب ١١٩/٢.

(٧) ما بين القوسين في الأصل "الباطن دون الظاهر" وهو خطأ واضح من الناسخ. والصحيح ما أثبت بالصلب حتى يستقيم السياق ، وحتى يوافق ما ذكر في أمهات الكتب.

ولا يجوز أن يستبيح ملك الغير بظلمه ، وإن كان المشتري (كاذباً) ^(١) فله على المشتري الثمن ، وقد حصل في يده ملك المشتري لا من جنس حقه ، فصار كمن له دين على إنسان فامتتع ، فظفر صاحب الدين بماله. وسنذكر المسألة ^(٢).
السادس: ^(٣)(٤) إذا تحالفا بعد هلاك المبيع ، أو هلك بعد التحالف . فإن قلنا: يرتفع العقد من أصله فحكمه حكم المأخوذ على طريق (السوم) ^(٥) وقد (ذكرناه) ^(٦)(٧).

(١) ما بين القوسين في الأصل " على الطالب " والمعنى مختل به ، فلعل الصحيح ما أثبت بالصلب حتى يستقيم المعنى ، علماً بأن هذا الإثبات موافق لما ذكره الشافعية في ذلك.

(٢) وتفصيل المسألة كالآتي: إذا ظفر الإنسان بمال من ظلمه فله بيعه. وعليه فيبيع المبيع الذي استرده ، وفي المتولى لبيعه وجهان. أحدهما: يتولاه الحاكم. والثاني: يتولاه بنفسه على الأصح. فإذا بيع فإن كان الثمن بقدر حقه أخذه ، وإن كان أكثر من حقه فعليه رد الباقي ، وإن كان الثمن أقل من حقه فالباقي دين له في ذمة المشتري. انظر: المهذب ٣٨٩/١ ، الحاوي ٣٠٤/٥ ، البيان ص ٥٥٤ ، روضة الطالبين ٥٨٢/٣ ، أسنى المطالب ١١٩/٢ ، فتح العزيز ٢٨٥/٤ وجاء فيه تلخيصاً لما قاله المصنف في هذا الفرع: " إذا قلنا: بالارتفاع باطناً تراداً ، وتصرف كل واحد منهما فيما عاد إليه ، وإن منعناه لم يجز لهما التصرف ، لكن لو كان البائع صادقاً فقد ظفر بمال من ظلمه لما استرد المبيع فله بيعه ، إما بالحاكم في أحد الوجهين ، أو بنفسه في أحدهما ، واستيفاء حقه من ثمنه ".

(٣) ما بين القوسين في الأصل " السادسة " وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت بالصلب نظراً لعدم وجود مسائل في هذا الفصل ، وإنما فروع مفرعة عن مسألة واحدة كما ذكر المصنف في بداية الفصل.

(٤) أي الفرع السادس.

(٥) ما بين القوسين قد سقط من الأصل ، ولعل الصحيح ما أثبت بالصلب ، لاستقامة السياق به.

(٦) ما بين القوسين في الأصل " ذكرنا ".

(٧) وحكم المأخوذ على طريق السوم إذا هلك فإنه يغرم القيمة ، وبأى الأحوال تعتبر قيمته ؟ فيه ثلاثة أوجه. أحدها: وهو الأصح باتفاق الأصحاب - كما قال النووي - وبه جزم كثيرون ، أنه يعتبر بأكثر أحواله قيمة من يوم القبض إلى يوم الهلاك ، كالمغصوب. والثاني: الاعتبار بقيمته يوم القبض ، لأنه يوم حصوله في يده. قال النووي عن هذا الوجه " وهو غريب ". والثالث: ولم يذكره المصنف ، الاعتبار بقيمته يوم التلف كالعارية ، لأنه مأذون في إمساكه. انظر: المخطوط ورقة ١٣/أب ، فتح العزيز ١٢٣/٤ ، المجموع ٤٥٥/٩ ، روضة الطالبين ٤٠٩/٣ ، الأشباه والنظائر ص ٣٤٦.

(و) ^(١) إذا قلنا: يفسخ العقد فإنه يخرم أقل مما كان قيمة المبيع من حين العقد إلى حين القبض ، لأنه إن كانت القيمة يوم التسليم أقل. النقصان (حصل) ^(٢) في يد البائع ، ونقصان حصل في يد البائع لا يكون مضموناً على المشتري ، وإن كانت القيمة يوم العقد أقل. الزيادة حصلت في ملكه ^(٣). وإن كان المبيع (قائماً) ^(٤) في يده

(١) ما بين القوسين غير موجود بالأصل ، وقد أثبت كما بالصلب حتى يستقيم السياق.
(٢) ما بين القوسين في الأصل " حصلت " والصحيح ما أثبت بالصلب حتى يستقيم الكلام.

(٣) هكذا ذكر المصنف هذا الفرع مفرقاً فيه بين قيمة المبيع إن قلنا انفسخ العقد بمجرد التحالف وبين قيمته إن قلنا: انفسخ بإيقاع الفسخ بعد التحالف ، فأثبت في الأول الخلاف الذي جرى في المأخوذ على طريق السوم ، وأثبت في الثاني وجزم به أقل القيمة من حين العقد إلى حين القبض.

أما غيره من الأئمة الشافعية - فيما ثبت لي من مراجع - لم يفرقوا بين انفساخ العقد بمجرد التحالف وبين انفساخه بإيقاع الفسخ بعد التحالف ، وأثبتوا القيمة فيهما إذا هلك المبيع ، سواء كانت أكثر من الثمن الذي يدعيه البائع أم لا. وفي وجه ضعيف لابن خيران: لا يستحق البائع زيادة على ما ادعاء ، لأنه لا يدعيها.

ثم قالوا: وفي القيمة المعتبرة أوجه. الوجه الأول: وهو الأصح عند الغزالي والنووي ، وبه جزم ابن المقرئ وغيره ، أن الاعتبار بالقيمة يوم التلف. لأن مورد الفسخ العين لو بقيت ، والقيمة بدل عنها ، فلتعتبر عند فوات أصلها. والوجه الثاني: الاعتبار بالقيمة يوم القبض ، لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه ، ثم ما يعرض من زيادة أو نقصان فهو في ملكه. والوجه الثالث: أنه يعتبر أقل القيمتين ، لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري ، وإن كانت يوم القبض أقل فهو يوم دخوله في ضمانه. والوجه الرابع: أن الاعتبار بأقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ، لأن يده يد ضمان ، فتعتبر أعلى القيم. انظر: المذهب ٣٨٩/١ ، الحاوي ٣٠٤/٥ ، البيان ص ٥٥٥ ، الوجيز ٣٨٥/٤ ، فتح العزيز ٣٨٥/٤ - ٣٨٦ ، روضة الطالبين ٥٨٢/٣ - ٥٨٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٩/٢ ، منهاج الطالبين مع مغنى المحتاج عليه ٥١١/٢ - ٥١٢ ، شرح منهج الطلاب ٢١٦/٣ ، نهاية المحتاج ١٦٥/٤ .

قال الرافعي بعد أن حكى الأوجه السابقة: " قال الشيخ أبو علي: هذا الخلاف ناظر إلى أن العقد يرتفع من أصله أو من حينه. إن قلنا: بالأول فالواجب أقصى القيم ، وإن قلنا: بالثاني اعتبرنا قيمة يوم التلف " فتح العزيز ٣٨٦/٤ .

هذا ، وينبغي أن يعلم أن محل وجوب القيمة إن كان مما لا مثل له. أما إن كان المبيع مما له مثل كالحنطة والشعير ففيه وجهان . أحدهما: عليه رد مثله كالمغصوب. والثاني: وصححه الماوردي ، عليه غرم قيمته ، لأن لم يضمه وقت القبض بالمثل وإنما ضممه بالعوض دون المثل بخلاف الغصب.

قال الخطيب الشربيني: والمشهور الأول وإن صحح الماوردي الثاني. انظر: الحاوي ٣٠٤/٥ - ٣٠٥ ، مغنى المحتاج ٥١١/٢ ، أسنى المطالب ١١٩/٢ ، شرح منهج الطلاب ٢١٦/٣ ، الغرر البهية ٤٩/٣ .

(٤) ما بين القوسين بداية الالتقاء مع النسخة ب. ولفظ " قائماً " قد سقط من الأصل.

ولكن (قد) ^(٣) دخله نقص ، فيرده ويغرم (الأرش) ^(٣) و (أما) ^(٥) إن كان (قد زال ملكه عنه أو رهنه فلا يمكن رده فيرد القيمة) ^(٦) وأما إن كان (قد) ^(٧) (أجره) ^(٨) فإن قلنا: بيع المستأجر لا يجوز ^(٩). يرد القيمة ، وإن قلنا: بيع المستأجر جائز

(١) ما بين القوسين بداية الالتقاء مع النسخة ب. ولفظ " قائما " قد سقط من الأصل.

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الأثر ".

(٤) وهو قدر ما نقص من القيمة ، لأن الكل مضمون على المشتري بالقيمة ، فيكون البعض مضموناً ببعض القيمة ، بخلاف ما لو تعيب المبيع في يد البائع وأمضى الأمر إلى الأرش يجب جزء من الثمن ، لأن الكل مضمون على البائع بالثمن فكذلك البعض.

قال الشيخ أبو علي: وهذا أصل مطرد في المسائل. أن كل موضع لو تلف الكل كان مضموناً على الشخص بالقيمة ، فإذا تلف البعض كان مضموناً عليه ببعض القيمة كالمغصوب وغيره ، إلا في صورة. وهي أنه إذا عجل زكاة ماله ، ثم تلف ماله قبل الحول وكان ما عجله تالفاً يغرم المسكين القيمة ، ولو كان معيباً ففي الأرش وجهان. قال الرافعي: " ومثل الشيخ إلى طرد الأصل فيها ". فتح العزيز ٢٨٦/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٣/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١٢٠/٢ وقد جزم الشيخ زكريا الأتصاري بأنه لا أرش فيما لو تعيب المعجل في الزكاة ، منهاج الطالبين مع مغنى المحتاج عليه ٥١٢/٢

(٥) ما بين القوسين قد سقط من ب.

(٦) وإيراد المصنف لوجوب رد القيمة فقط فيما لو رهنه المشتري هو مما تفرد به كما قال الزركشي ، وذلك قياساً من المصنف على ما ذكر في الصداق من أنه لو طلقها قبل الوطء وكان الصداق مرهوناً وقال: أنتظر الفكاك للرجوع فلها إجباره على قبول نصف القيمة ، لما عليها من خطر الضمان. أما ما ذكره غير المصنف فهو: أن البائع بالخيار إن شاء صبر إلى فكاك الرهن ، وإن شاء أخذ القيمة.

وأما المطلقة - كما قاس المصنف عليها - فقد حصل لها كسر بالطلاق فناسب جبرها بإجابتها ، بخلاف المشتري. انظر: فتح العزيز ٣٨٧/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٣/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١٢٠/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٦/٤ ، مغنى المحتاج ٥١٢/٢ ، حاشية الرملى الكبير ١٢٠/٢.

(٧) ما بين القوسين مثبت من ب وقد سقط من الأصل.

(٨) ما بين القوسين مثبت من ب وهو في الأصل " أجاره ".

(٩) وهو مقابل الأظهر ، والأظهر: أنه يجوز بيع العين المؤجرة ، سواء أذن المستأجر أم لا ، لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع بيع الرقبة كالأمة المزوجة.

ومحل ذلك ، ما إذا كانت الإجارة مقدرة بالمدة ، فإن قدرت بعمل غير مقدر بمدة كان استأجر دابة للركوب إلى بلد كذا فالبيع ممتنع قولاً واحداً ، لجهالة مدة السير. انظر: منهاج الطالبين ٤٩٢/٣ ، مغنى المحتاج ٤٩٢/٣.

فالإجارة لا تبطل ، فيرد عليه مسلوب المنفعة ، (ويغرم) ^(١) النقصان الحاصل بسبب الإجارة ^(٢).

السابع ^(٣): لو كان المبيع عبدا ثم إنهما لما اختلفا وتحالفا ، أو قبل التحالف قال البائع: هذا العبد حر إن كنت قد بعته بخمس مائة ، فقال المشتري: هو حر إن كنت قد (ابتعته) ^(٤) ، بألف ، ثم رجع البائع إلى قول المشتري وصدقه ^(٥) فالعبد لا يعتق ، لأن المشتري صادق ، وأما البائع فقد أعنتق ما لا يملك. ولو عاد العبد بعد ذلك إلى ملك البائع لا يحكم بعنتقه ، لأنه لم يكذب المشتري في يمينه.

(فأما إن أصر البائع على المنازعة وكذب المشتري في يمينه) ^(٦) (و) ^(٧) كان البائع يمينه متأخرة عن يمين المشتري حتى يحصل مكذبا للمشتري (في يمينه) ^(٨) ، ثم إنهما بعد المنازعة اتفقا على إمضاء العقد بقدر معلوم من غير أن (يصدق) ^(٩)

(١) ما بين القوسين في ب "ويقوم".

(٢) وكما جزم المصنف بوجوب رد القيمة فقط فيما لو رهن المشتري المبيع أوجب ذلك أيضاً فيما لو أجره وقلنا: بيع المستأجر لا يجوز.

أما غيره فقال: إن قلنا: بيع المستأجر لا يجوز فالبايع بالخيار ، إن شاء صبر إلى فكاكه ، وإن شاء أخذ القيمة وذلك كما لو رهنه - كما سبق ذكره في الصفحة السابقة. قال النووي في ذلك: "وإن أجره بنى على جواز بيع المستأجر. إن منعناه فهو كما لو رهنه ، وإن جوزناه للبايع أخذه ، لكنه يترك عند المستأجر إلى انقضاء المدة ، والأجرة المسماة للمشتري ، وعليه للبايع أجرة المثل للمدة الباقية. وإن كان أجره للبايع فنه أخذه قطعاً ، وفي انفساخ الإجارة وجهان كما لو باع الدار لمستأجرها. إن قلنا: لا تنفسخ ، فعلى البايع الأجرة المسماة للمشتري ، وعلى المشتري أجرة مثل المدة الباقية للبايع". روضة الطالبين ٥٨٣/٣ - ٥٨٤ وانظر أيضاً: فتح العزيز ٣٨٧/٤ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١٢٠/٢ ، مغنى المحتاج ٥١٢/٢ ، نهاية المحتاج ١٢٦/٤ ، الغرر البهية ٥٠/٣.

(٣) أى الفرع السابع

(٤) ما بين القوسين في ب "اشتريته".

(٥) وكان البائع هو الذى قد حلف بالحرية أولاً ثم المشتري - كما هو مرتب في سياق المصنف بذلك. انظر: فتح العزيز ٣٨٨/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٥/٣.

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "أو" وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من ب ، لأنه مقتضى السياق.

(٨) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "يقصد" وهو خطأ ، والصحيح ما أثبت من ب ، لأنه مقتضى السياق.

أحدهما الآخر (فلا) ^(١) يحكم بعنق العبد في الحال. وإنما قلنا ذلك: لأن المشتري (يزعم) ^(٢) أن البائع هو الكاذب، والبائع فلا ملك له حتى يحكم بنفوذ العنق في حقه. فلو أنه عاد بعد ذلك إلى يد البائع إما بالفسخ أو بطريق آخر يحكم بعنقه ^(٣)، لأن في زعمه أن العبد قد (عق على المشتري حين كذبه) ^(٤) في يمينه، فصار كما لو شهد بحرية عبد فردت شهادته ثم ملكه يحكم بحريته. وكذلك لو باع عبداً من (إنسان) ^(٥) ثم وجد المشتري به عيباً فأراد رده فقال البائع: كيف ترده على وقد أعتقته فالقول قول المشتري في نفي العنق مع يمينه؛ فإذا حلف أنه ما أعتقه يرد العبد عليه ويحكم بحريته، لاعترافه بالعنق، كذا هاهنا، وهكذا لو صدق البائع المشتري ^(٦). (فأما إن صدق المشتري البائع) ^(٧) يحكم بنفوذ العنق في الحال ^(٨).

(١) ما بين القوسين في ب "ولا".

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "زعم".

(٣) أي حكم عليه بعنقه ظاهراً مطلقاً لا باطناً إن كذب فيما ادعاه، وإن صدق فيه عتق على المشتري باطناً، ووقف حالتي الكذب والصدق وولاءه بينهما إذا لم يدعه واحد منهما. انظر: فتح العزيز ٣٨٨/٤، روضة الطالبين ٥٨٤/٣، روض الطالب مع أسنى المطالب ١٢١/٢.

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "عتقه المشتري حتى كذب" وهو خطأ والصحيح ما أثبت من ب، لأن السياق لا يستقيم إلا به.

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "أناس".

(٦) وكان المشتري هو الذي قد حلف بحريته أولاً ثم البائع فيعتق إن عاد إليه، لأن حلفه بعد حلف المشتري تكذيب له، واعتراف بالحرية عليه. انظر: فتح العزيز ٣٨٨/٤، روضة الطالبين ٥٨٥/٣.

(٧) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٨) وبطل الفسخ إن تقاسخا، ويثبت له الولاء كما لو رد العبد بعيب واعترف المشتري بعده بعنقه بطل الفسخ وأخذ أرش العيب من البائع وحكم بعنقه.

قال السبكي: ومحل ذلك إذا صدقه البائع، وإلا فليس له إبطال حقه بمجرد دعواه، كما لو باعه ثم قال: كنت أعتقته. انظر: فتح العزيز ٣٨٨/٤، البيان ص ٥٥٧، الحاوي ٣٠٥/٥، روضة الطالبين ٥٨٤/٣ - ٥٨٥، روض الطالب مع أسنى المطالب ١٢١/٢.

قال الرافعي: "ولو كانت المسألة بحالها لكن المبيع بعض العبد فإذا عاد إلى ملك البائع عتق ذلك القدر عليه، ولم يقوم عليه الباقي، لأنه لم يحصل العنق بمباشرة، بل بإقرار على غيره، فصار كما لو خلف اثنين وعبداً فقال أحدهما: أعتق أبي هذا العبد وأنكره الآخر يعتق نصيب المقر ولا يقوم عليه الباقي" فتح العزيز ٣٨٨/٤، وانظر أيضاً: روضة الطالبين ٥٨٥/٣، روض الطالب مع أسنى المطالب ١٢١/٢.

الثامن^(١): إذا حكمنا بنفوذ العتق على البائع فالعتق نافذ في الظاهر ، (فأما)^(٢) في الباطن إن كان المشتري كاذباً فهو نافذ لمصادفة العتق ملكه ، وإن كان المشتري صادقاً لم يعتق في الباطن ، لأن يمين البائع وجد في غير (ملكه)^{(٣)(٤)}.

التاسع^(٥): المشتري صدق البائع بعد التفاسخ واسترجاع الثمن فيحكم ببطان الفسخ، (ويلزمه رد)^(٦) الثمن على المشتري والولاء له ، كما لو شهد بحرية عبد فلم تقبل شهادته ، فاشتراد الشاهد (يحكم بحريته ، وولاؤه موقوف ، لأن المشهود عليه منكر للعتق ، والشاهد فليس يدعيه ، فلو أن المشهود عليه صدق الشاهد)^(٧) يلزمه رد الثمن ويكون الولاء للمشهود عليه ، (فكذا)^(٨) هاهنا^(٩).

(١) أي الفرع الثامن.

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل لا يقرأ.

(٣) ما بين القوسين في ب "ملك".

(٤) انظر: فتح العزيز ٣٨٨/٤ ، روضة الطالبين ٥٨٤/٣ ، روض الطالب مع أسنى المطالب ١٢١/٢.

(٥) أي الفرع التاسع.

(٦) ما بين القوسين في ب "ويحكم برد".

(٧) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "وكذا".

(٩) انظر: المراجع السابقة ، وقد سبق التنبيه على هذا الفرع ومحلته في الهامش الثامن من الفرع السابق.

الفصل الرابع (في) (١) الاختلاف في القبض

وفيه ثلاث مسائل.

إحداها: ادعى البائع تسليم المبيع إلى المشتري ، فأنكر القبض في الكل أو في بعض المبيع ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه يدعى حصول المال في يده وهو منكر (٢). وهكذا لو ادعى المشتري تسليم الثمن وأنكره البائع فالقول قوله مع يمينه ، لأنه يدعى فراغ ذمته ، (ووصول) (٣) الحق إليه وهو منكر (٤).
الثانية (٥): كان (الثمن دينانير) (٦) في الذمة فسلم المشتري (الدينانير) (٧) إلى البائع ثم اختلفا فقال المشتري: (إنما) (٨) سلمت الدينانير ثمناً فسلم المبيع إلى ، وقال البائع: (بل قضيت) (٩) به ديناً عليك ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأن هذه (منازعة) (١٠) في (جهة) (١١) تسليمه للمال ، وهو أعلم به. وإنما جعل القول قوله مع اليمين لأن دعواه تتضمن سقوط حق البائع عن حبس المبيع.

(١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٢) ما بين القوسين في ب " ينكره " .

(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٤) وكذا إن اختلفا في قدر ما قبض البائع من الثمن فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم القبض إلا فيما أقر به. انظر: البيان ص ٥٥٥ ، فتح العزيز ٢٨٠/٤ ، روضة الطالبين ٥٧٨/٣ ، أسنى المطالب ١١٨/٢ .

(٥) أي المسألة الثانية.

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " ديناراً " والصحيح ما أثبت من ب حتى يتضح المعنى.

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الدينار " وللصحيح ما أثبت من ب استقامة للسياق.

(٨) ما بين القوسين في ب " أنا " .

(٩) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .

(١٠) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .

(١١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وجه " .

الثالثة^(١): باع عصيرا وسلم إلى المشتري بعد زمان يتصور فيه حدوث الاشتداد^(٢) وبقي في يد المشتري زماناً يتصور أن يشتد أيضاً (فتنازعا)^(٣). فقال البائع: (تسلمته)^(٤) عصيرا وتخمر في يدك ، وقال المشتري: بل سلمته خمرا (فلم)^(٥) يصح (القبض)^(٦) ، فقولان.

أحدهما: القول قول البائع^(٧) ، كما لو تنازعا في العيب وأمكن حدوثه في يد كل واحد منهما فالقول قول البائع ، وأيضاً فإن الأصل عدم (صفة)^(٨) الاشتداد في يده والمشتري يدعى (وجودها)^(٩)(^{١٠}).

والقول الثاني: القول قول المشتري ، لأن البائع يدعى صحة القبض والمشتري (ينكره)^(١١) ، والأصل عدمه. وبه فارق مسألة العيب ، لأن وجود العيب بالمبيع لا يمنع صحة (القبض)^(١٢)(^{١٣}) فأما إن قال المشتري: كان خمرا (حين)^(١٤) العقد

(١) أي المسألة الثالثة.

(٢) يقال: اشتد أي قوى وزاد. انظر: المعجم الوجيز ص ٣٢٨.

(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٤) ما بين القوسين في ب "سلمته".

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "ولم".

(٦) ما بين القوسين سقط من ب.

(٧) وهو الأظهر - كما قال النووي. انظر: روضة الطالبين ٥٧٩/٣ ، وبه جزم لين

لمقرئ. انظر: روض الطالب ١١٨/٢.

(٨) ما بين القوسين سقط من ب.

(٩) ما بين قوسين في ب "وجوده".

(١٠) وقال الرافعي مطلقاً لهذا القول: "لأن الأصل بقاء الحلاوة" فتح العزيز ٣٨٠/٤.

وقال للشيخ زكريا الأنصاري: "لأن الأصل عدم المفسد" فسنى المطالب ١١٨/٢.

(١١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "ينكر" والصحيح ما أثبت من ب لاستقامة

السياق به.

(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "العقد" والصحيح ما أثبت من ب ، لأنه

مقتضى السياق.

(١٣) انظر: فتح العزيز ٣٨٠/٤.

(١٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "عند".

(١) مدعى فساد العقد، والبائع يدعى الصحة، وقد مرت المسألة (٢).
وعلى هذا لو باع لبنا في ظرف وغاب المشتري في طلب ظرف ليعلم (البين) (٣)
فلما حضر قلب البائع اللبن في ظرفه قُلت نجاسة، فاختلفا **فقال البائع**: النجاسة
كانت في ظرفك، فلما (قلبت) (٤) اللبن فيه علت، **وقال المشتري**: بل للنجاسة
وقعت في ظرفك (بعد) (٥) أن سلمت (إلى بعد) (٦) **العقد**. فالمسألة على ما
(ذكرنا) (٧) من القولين (٨). (فأما) (٩) إن قال المشتري للنجاسة كُتبت في اللبن عند
العقد فقد حصل مدعى فساد العقد، وقد ذكرنا الكلام فيه (١٠).

(١) ما بين القوسين في ب "فصار".

(٢) وهي بإيجاز كما ذكرها المصنف وغيره:-

إن اختلفا من غير اتفاق على عقد صحيح، بأن يدعى أحدهما صحة **العقد** والآخر
فساده مثل أن يقول: بعك بلف، فقال: بل باللف وزق خمر، فلتكر، فلا تحلف.
وأيهما يعتبر قوله؟ وجهان. أحدهما: وهو الأصح عند الأكثرين، أن **القول قول**
من يدعى الصحة، وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه، لأن ظاهر عقود
المسلمين الصحة، فمن ادعى ما يوجب الفساد فقد ادعى خلاف الظاهر.
والوجه الثاني: أن **القول قول** من يدعى الفساد، لأن الأصل عدم **العقد**
الصحيح، وبقاء الملك للملك، وصاروا كما لو اختلفا في أصل البيع.

انظر: المخطوط ورقة ٧٣/١، المذهب ٣٨٩/١، البيان ص ٥٦٢، العزيز
٣٧٨/٤، فتح العزيز ٣٧٨/٤، روضة الطالبين ٥٧٧/٣، منهاج الطالبين ٥١٣/٢.

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "التمن" والصحيح ما أثبت من ب.

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "قلب" وهو خطأ، والصحيح من مقتضى
الميلق ما أثبت من ب.

(٥) ما بين القوسين في ب "نجعل" وهو خطأ، والصحيح ما أثبت من الأصل.

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "ذكرناه".

(٨) **أظهرهما**: القول قول البائع. انظر: فتح العزيز ٣٨٠/٤، روضة الطالبين ٥٧٩/٣،

روض الطالب مع أسنى المطالب ١١٨/٢.

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "أما".

(١٠) انظر: الهامش الثاني الذي سبق ذكره من هذه الصفحة.